



# **JURISPRUDENCIA Y DERECHOS HUMANOS**

**Avances en la agenda de derechos humanos  
a través de sentencias judiciales en el Perú**

**Erick Acuña • Cristina Blanco • Marcela Huaita • Víctor Quinteros  
Valeria Reyes • Elizabeth Salmón • Piero Vásquez**

Fondo Editorial PUCP

JURISPRUDENCIA Y DERECHOS HUMANOS  
AVANCES EN LA AGENDA DE DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS  
DE SENTENCIAS JUDICIALES EN EL PERÚ

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

# JURISPRUDENCIA Y DERECHOS HUMANOS

Avances en la agenda de derechos humanos  
a través de sentencias judiciales en el Perú

Erick Acuña  
Cristina Blanco  
Marcela Huaita  
Víctor Quinteros  
Valeria Reyes  
Elizabeth Salmón  
Piero Vásquez



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ



**idehpucp**

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS



**FONDO  
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

**BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ**

Centro Bibliográfico Nacional

342.211 J7 Jurisprudencia y derechos humanos: avances en la agenda de derechos humanos a través de sentencias judiciales en el Perú / Erick Acuña, Cristina Blanco, Marcela Huaita ... [et al.].-- 1a ed.-- Lima: IDEHPUCP: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019 (Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa).  
391 p.; 21 cm.

Analiza doce sentencias judiciales emitidas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema sobre la legislación antiterrorista, los crímenes de lesa humanidad, las desapariciones forzadas y la violencia sexual contra las mujeres durante el conflicto armado interno, el derecho a la consulta previa y los derechos de las mujeres, las personas con discapacidad y de la población LGBTI+.

Incluye bibliografías.

D.L. 2019-15590

ISBN 978-612-317-536-8

1. Perú. Tribunal Constitucional - Resoluciones 2. Perú. Corte Suprema - Resoluciones 3. Derechos humanos - Perú 4. Defensa de los derechos humanos - Perú - Casos 5. Sentencias - Perú I. Acuña, Erick II. Blanco, Cristina, 1985- III. Huaita Alegre, Marcela, 1964- IV. Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Democracia y Derechos Humanos V. Pontificia Universidad Católica del Perú

**BNP: 2019-159**

*Jurisprudencia y derechos humanos*

*Avances en la agenda de derechos humanos a través de sentencias judiciales en el Perú*

© IDEHPUCP, 2019

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: noviembre de 2019

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-15590

ISBN: 978-612-317-536-8

Registro del Proyecto Editorial: 31501361901129

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## ÍNDICE

Presentación	9
Caso Nina-Quispe. Jerarquía constitucional de las normas de derechos humanos en el Perú <i>Piero Vásquez</i>	15
Caso Tineo Silva. Estrategia antiterrorista e impacto de la legislación de emergencia <i>Víctor Quinteros</i>	41
Caso Alberto Fujimori. Un diálogo necesario entre el sistema de justicia y el derecho internacional para la lucha contra la impunidad <i>Elizabeth Salmón</i>	71
Caso Abimael Guzmán. «Megaproceso» contra el terror y consolidación de una nueva legislación antiterrorista <i>Víctor Quinteros</i>	107
Caso Chuschi. Implicancias de la desaparición forzada durante el conflicto armado interno <i>Valeria Reyes</i>	135
Caso Accomarca. Lucha contra la impunidad y su relevancia posconflicto armado interno <i>Valeria Reyes</i>	165

Caso María Magdalena Monteza Benavides. Reconociendo la violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado interno <i>Marcela Huaita</i>	199
Caso Gambini Vidal. Un hito en el reconocimiento de los derechos humanos de la mujer <i>Marcela Huaita</i>	235
Caso Tuanama Tuanama. Derecho a la consulta previa en un Estado multicultural y poliétnico <i>Cristina Blanco</i>	271
Caso Nieto Tinoco. Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad <i>Erick Acuña</i>	301
Caso Romero Saldarriaga. «Soy trans y pido lo que quiero» vs. «derecho a la identidad y género» <i>Piero Vásquez</i>	323
Caso Meza García. El derecho de las personas con VIH/sida a un tratamiento médico integral <i>Cristina Blanco</i>	351
Reflexiones finales	385
Sobre los autores	389

## PRESENTACIÓN

Se presenta en esta publicación la descripción y el análisis de doce sentencias judiciales que pueden ser consideradas un avance en la protección de los derechos humanos en el Perú. El interés de realizar esta presentación se inscribe dentro de una esfera de inquietudes amplias como son la consolidación de la democracia en nuestro país y el papel que cabe en ese proceso a la administración de justicia, en tanto garante de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Como se debe, el Perú experimentó una transición política entre los años 2000 y 2001, después de la dimisión de Alberto Fujimori como presidente de la República. Esa renuncia, que tuvo lugar en medio de escandalosas revelaciones de corrupción al más alto nivel, puso punto final al gobierno autoritario iniciado con el golpe de Estado de abril de 1992. Durante ese periodo, el estado de derecho fue severamente golpeado a través de la manipulación y tergiversación de numerosas instituciones, entre ellas el Congreso de la República y el Poder Judicial. Además, y como una continuación de una tendencia iniciada en la década de 1980, se cometieron graves violaciones de derechos humanos en el contexto de la política antisubversiva dirigida a contrarrestar a la organización terrorista Sendero Luminoso, así como al Movimiento Revolucionario Túpac Amaru.

En este contexto, el gobierno transitorio de Valentín Paniagua asumió como tarea prioritaria la restitución del estado de derecho. Se trataba de restaurar en el país la legalidad y la institucionalidad democráticas, severamente melladas en los años previos, pero también de dar respuestas a las violaciones de derechos humanos acumuladas en los años previos, así como desactivar la red de corrupción montada y procesar judicialmente los delitos cometidos en agravio del patrimonio público.

Ese conjunto de tareas, emprendidas con decisión en los primeros años del siglo XXI, no han sido cabalmente cumplidas. Se puede decir, desde ese punto de vista, que si bien un aspecto de la democracia —el de la sucesión en el poder por vía electiva— parece asegurado, el proyecto amplio de consolidación de la democracia es todavía una gran asignatura pendiente.

La consolidación de una democracia después de una transición exitosa es un proceso lento que requiere transformaciones de muy diversa naturaleza: normativas, culturales, institucionales. Por ello, la definición del fenómeno es compleja y, ciertamente, dista de ser unánime. El politólogo italiano Leonardo Morlino la define como «ese proceso de adaptación-congelación de estructuras y normas democráticas que son aceptadas como legítimas, en parte o del todo, por la sociedad civil» y añade que:

[...] puede consistir en una fijación de pautas, de modelos de comportamientos políticos repetidos en el tiempo; puede consistir también en una posterior articulación de las diversas estructuras democráticas; caracterizarse por una adaptación progresiva de las instituciones a la realidad cambiante en el ámbito del modelo democrático diseñado por la carta constitucional y por las demás leyes fundamentales del ordenamiento democrático de un determinado país; puede permitir a algunas instituciones la adquisición de identidad y un notable grado de autonomía respecto a la sociedad

civil; puede consistir en un aumento del apoyo a las diferentes instituciones democráticas<sup>1</sup>.

Al considerar la democracia como un régimen político, se debe tomar en cuenta diversas dimensiones de lo político. Una de ellas es la del funcionamiento de las instituciones. Las instituciones del Estado (como los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) dan su carácter al régimen. Desde este punto de vista, la consolidación de la democracia también depende de la capacidad del régimen para reconocer y garantizar derechos. Si bien lo primero es principalmente responsabilidad del Poder Legislativo; lo segundo es, también de modo principal, responsabilidad del Ejecutivo y del Judicial. Así, como parte del complejo proceso de consolidación, es importante observar el papel que cumple la administración de justicia.

Desde este punto de vista, se evidencia la relevancia de analizar sentencias expedidas por altas instancias judiciales que signifiquen un avance en materia de protección de derechos humanos. En esta publicación, se presenta un conjunto de doce sentencias que tienen esa significación. Ocho de ellas han sido dictadas por el Tribunal Constitucional (TC), tres por la Sala Penal Nacional y una por la Sala Penal Permanente. Los fallos cubren un amplio arco de temas fundamentales para la afirmación de los derechos humanos en el país, tales como la legislación antiterrorista, crímenes de lesa humanidad, derecho a la verdad, desaparición forzada en conflicto armado, violencia sexual contra mujeres, derechos de las mujeres, derecho a la consulta previa, derechos de personas con discapacidad, derechos de la población LGBTI+ y derechos económicos, sociales y culturales.

---

<sup>1</sup> Extracto del artículo «Consolidación democrática. Definición, modelos, hipótesis», de Leonardo Morlino, publicado en el número 35 de *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas* (1986, pp. 7-62), disponible en [http://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_035\\_03.pdf](http://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_035_03.pdf).

Hay que precisar que, si bien nos hemos enfocado en estas sentencias favorables a los derechos humanos, ello no significa que carezcan de aspectos incuestionables ni que sean representativas de la actuación del sistema de administración de justicia. Por ejemplo, la sentencia sobre el caso Fujimori está lejos de ser un caso típico de la actuación judicial sobre crímenes y violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado interno. Así, antes que proponer este conjunto de fallos como un espejo del funcionamiento de la justicia, la intención es ofrecer modelos que impliquen un avance en la defensa de los derechos humanos, las cuales pueden servir para fortalecer una tendencia necesaria para la democracia.

De este modo, la selección de las sentencias que aparecen en el presente libro obedece a una combinación de criterios. En primer lugar, todas ellas desarrollan temáticas y derechos humanos que han tenido gran impacto en la sociedad peruana por el contexto en el que se emitió (los años posteriores al conflicto armado interno) y en grupos en situación de vulnerabilidad (mujeres, personas con discapacidad, pueblos indígenas, entre otros). Además, estas sentencias marcaron un antes y un después en cuanto al reconocimiento y avances de estándares internacionales sobre derechos humanos por nuestra jurisdicción interna. Otros aspectos que se tomaron en cuenta fueron también el papel que ejerció la sociedad civil en el litigio del caso y el impacto mediático del mismo.

Finalmente, es pertinente mencionar que, para el análisis de cada sentencia, se estableció una metodología interdisciplinaria, la cual implicó la asignación de un fallo a un especialista del derecho y a un especialista de las ciencias sociales. El grupo de especialistas en derecho, encargado de la elaboración de los artículos, estuvo conformado por Erick Acuña, Cristina Blanco, Marcela Huaita, Víctor Quinteros, Valeria Reyes, Elizabeth Salmón y Piero Vásquez; mientras que el grupo de especialistas en ciencias sociales, encargado de brindar valiosos

comentarios y contextualizar cada texto en el marco del debate académico o social, estuvo conformado por Henry Ayala, Mario Cépeda, Iris Jave y Félix Reátegui. Asimismo, resulta necesario hacer un agradecimiento expreso a Francisco Mamani, joven y destacado investigador del derecho, quien fue asistente durante todo el proceso de elaboración de este libro.

Cada artículo tiene una estructura de análisis similar: contexto sociopolítico, descripción del caso, impacto jurídico y conclusiones. Asimismo, cada texto que desarrolla determinada sentencia ha sido discutido de forma colectiva por todo el equipo de investigadores en reuniones periódicas, a fin de recibir comentarios, apreciaciones y aportes. Debe advertirse que estas reuniones se realizaron durante un período aproximado de seis meses, el cual concluyó el 5 de marzo de 2018; en ese sentido, algunas sentencias analizadas no son de última instancia, por lo que la resolución final del respectivo caso puede haber variado.

Fondo Editorial PUCP

## CASO NINA-QUISPE

### JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ<sup>1</sup>

Piero Vásquez

#### FICHA DEL CASO

1992	1993	2001	2003	2006
5 de abril	29 de diciembre	29 de junio	3 de octubre	24 de abril
El expresidente Alberto Fujimori da un golpe de Estado y disuelve el Congreso de la República, mediante decreto ley 25418.	Se promulga la actual Constitución Política del Perú, la cual no menciona el rango jurídico de los tratados.	Se publica la ley 27491, que establece las plazas orgánicas del sector educación.	El TC emite sentencia sobre el caso congresistas de la República, en la que establece que los tratados en general tienen rango de ley.	El TC emite sentencia sobre el caso Nina-Quispe, donde establece que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional.

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, el autor recibió los aportes de Félix Reátegui, además de los comentarios del equipo de investigadores.

## RESUMEN

En el marco de una controversia por competencias nacionales y regionales, el TC enfrentó un grave vacío jurídico creado a partir de la adopción de la Constitución de 1993: la desregulación del rango de los tratados de derechos humanos en el Perú. El presente artículo describe la ruta jurisprudencial seguida por el TC para el establecimiento de la pirámide normativa peruana y el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. Además, se analiza a profundidad la naturaleza constitucional de las normas que reconocen derechos humanos y se explica la importancia del rango constitucional para la judicialización de los derechos humanos a través del proceso de amparo. Finalmente, se puntualizan problemas respecto del uso de la nomenclatura «tratados de derechos humanos» como categoría no existente en el derecho internacional y se resaltan posibles conflictos en aplicación de normas con rango constitucional contradictorias entre sí.

### 1. INTRODUCCIÓN

Para enfrentarse al viejo problema de la descentralización en el Perú, el TC tuvo que emitir una sentencia en la cual desarrolló la estructura de la pirámide normativa de las fuentes jurídicas, con un fuerte impacto incidental en las normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, lo que terminó por consolidar su jurisprudencia al respecto. ¿Por qué un caso sobre descentralización terminó con el pronunciamiento sobre el rango de los tratados de derechos humanos? La clave para responder esta pregunta es la desregulación de la Constitución de 1993: para poder afrontar con seguridad el conflicto de constitucionalidad en materia de descentralización, era necesario traer luz al problema de la jerarquía de fuentes en el derecho peruano. La ocasión aprovechada permitió que el TC devuelva la certeza sobre el rango constitucional de los tratados de derechos humanos.

A continuación, nos aproximaremos al contexto sociopolítico de la desregulación provocada por la adopción de la Constitución de 1993.

Posteriormente, nos centraremos en los hechos, explícitos e implícitos, que provocaron la adopción de esta sentencia: por un lado, analizaremos el problema de la desregulación de la jerarquía normativa de las normas internacionales de derechos humanos en la Constitución de 1993; y, por otro, mostraremos los hechos explícitos que motivaron la adopción de la presente sentencia en el marco de controversia sobre las competencias regionales y nacionales en materia de educación. Luego se expondrán los aportes jurídicos de esta sentencia solamente respecto del asunto relativo a los derechos humanos en relación con la ruta jurisprudencial seguida por el TC para la construcción de una pirámide general normativa a la Constitución de 1993 y el reconocimiento del origen del rango constitucional de las normas de derechos humanos de modo particular.

De modo más analítico, se realizará un comentario respecto del impacto y retos de esta sentencia en relación con las diferencias entre la IV disposición final y transitoria (IV DFTP) y el artículo 3 de la Constitución de 1993 para reconocer la naturaleza constitucional de las normas de derechos humanos, la problemática nomenclatura del concepto de «tratado de derechos humanos» en el derecho internacional y los posibles conflictos normativos entre normas de rango constitucional.

Finalmente, cabe realizar una advertencia. Desde la construcción de esta línea jurisprudencial por parte del TC el año 2004, que regresa el rango constitucional de las normas de derechos humanos y que se consolida con la sentencia bajo comentario, no se han dado nuevos cambios o hitos que requieran volver a comentar esta sentencia (Vásquez Agüero, 2013); sin embargo, su aparición marca un momento una nueva relación entre las normas de derecho internacional y derecho interno que no podemos perder de vista en una publicación como la presente, ya que este precedente abre paso a la resignificación jurídica de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y, con ello, nuevas posibilidades para la realización de los derechos humanos en el Perú.

## 2. DESARROLLO DEL CASO

A continuación, se presenta el desarrollo del caso, dividido metodológicamente en dos puntos: el contexto sociopolítico y la descripción del caso propiamente dicha.

### 2.1. Contexto sociopolítico

De acuerdo con la literatura (CVR, 2003; McFarland Sánchez-Moreno, 2002; Murakami, 2006), al inicio del gobierno de Alberto Fujimori, en 1990, la recuperación del control institucional pasaba, en resumen, por dos preocupaciones políticas fundamentales tanto en el Poder Legislativo como en el Poder Ejecutivo: la pacificación y lucha antisubversiva y la reestabilización económica del Perú. De modo simplificado, en su forma de gobierno, el expresidente Fujimori optó por un modelo de decisiones rápidas, inconsultas y unilaterales que impacientaron a las cámaras legislativas por su tinte autoritario, pero cuyos miembros no ofrecían una alternativa concreta de oposición a la nueva (anti)política fujimorista en una situación en la que «parecíamos vivir una revolución en el vacío en un país exhausto» (Degregori, 2000, p. 200).

Hacia finales de 1991, «mientras la fisura entre el mandatario y las fuerzas opositoras se agrandaba, éstas empezaron a hacer gestiones cada vez más intensivas para aprobar la llamada Ley de Control Parlamentario de los Actos Normativos del Presidente de la República» (Murakami, 2006, p. 288). Tal como su nombre permite intuir, a través de esta norma se pretendía acortar la rienda del fujimorismo, que tras ese primer año y medio de gobierno autosuficiente apuntalado por decretos ejecutivos, dejó listo el camino a la oposición para iniciar un proceso de control de las decisiones significativas de la política fujimorista: la aprobación de la primera ley de presupuesto fujimorista, aprobada por el Poder Ejecutivo «puenteando» al Legislativo; el «Acuerdo de colaboración en el control de drogas con Estados Unidos»; el paquete de decretos sobre la pacificación, entre otras decisiones tomadas al filo de la inconstitucionalidad.

Ahora bien, en la última etapa antes del autogolpe de 1992, el conflicto presencia una última escalada. Ante la negociación de la segunda ley nacional de presupuesto, el Poder Legislativo aprobó un presupuesto en el que los subsidios (en el marco de la ley de emergencia agraria) que dejaban en *default* al Perú, impactando el camino que había seguido y presumido Fujimori en la reinserción del Perú en el sistema financiero internacional. Este *setback* político se sumó al divorcio Ejecutivo/Legislativo y, además del acrecentado rumor de la destitución congresal de Alberto Fujimori, el que se volvió público hacia finales de 1991, la supervivencia de cualquiera de los poderes estaba entredicha (Murakami, 2006, p. 293). Ahora bien, la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) ha apuntado que este supuesto conflicto escalado en verdad estuvo provocado por Alberto Fujimori con un afán de desprestigiar al Congreso, ya que el paquete de decretos legislativos para la pacificación contenía modificaciones sustanciales del sector seguridad que tornaba antidemocrática la lucha contrasubversiva (CVR, 2003, p. 80).

El resultado de este enfrentamiento es el autogolpe del 5 de abril de 1992. No se busca en esta reseña reflexionar sobre el nivel de responsabilidad de la oposición en el autogolpe, pues consideramos que la decisión de quebrantar el orden constitucional es exclusiva del expresidente Fujimori. Si es que las medidas adoptadas por la oposición fueron desacertadas o poco constructivas para frenar las drásticas decisiones del fujimorismo, sumada a la poca disposición del exmandatario para el diálogo, esto no establece una conexión lógica directa que permita distribuir responsabilidades por el autogolpe de 1992 de modo solidario entre Alberto Fujimori y el resto de la clase política.

Ahora bien, para llegar a explicar y entender el escenario en que la Constitución se forma tras el autogolpe, es importante recordar las medidas súper represivas en los días que siguieron al 5 de abril de 1992 contra periodistas y políticos, que solo pudo ser aplacada por la presión internacional y la necesidad de una normalización democrática a través

de elecciones del Congreso Constituyente Democrático (McClintock, 2006, p. 245). Con el este ya instalado, el Perú presencia un tránsito hacia una nueva constitución política.

La senda hacia a la adopción de la nueva Constitución Política atraviesa una pregunta crítica que es necesario seguir planteando: ¿era necesaria una nueva Constitución para el Perú?, ¿fue aquella el resultado de un plan orquestado para quebrar el estado de derecho? Existen comparaciones de la Constitución de 1979 y 1993 que señalan que, efectivamente, «los cambios en la Constitución de 1993 no representan una reforma radical ni profunda con respecto a las disposiciones de la Constitución de 1979» (McFarland Sánchez-Moreno, 2002, p. 560) y que la adopción de la Constitución de 1993 es el resultado de la necesidad de justificar el autogolpe y, por tanto, «la manera más fácil de hacerlo era decir que se necesitaba una nueva Constitución» (McFarland Sánchez-Moreno, 2002, p. 564). En efecto, los análisis del momento identificaban que alrededor de dos tercios de la Constitución de 1979 se mantuvo, por lo que más allá de los cambios fundamentales en temas económicos y el perfilamiento de un modelo más presidencialista, reeleccionista y con menos pesos y contrapesos, es posible coincidir con la identificación de un interés subalterno en el discurso de la nueva Constitución (Pásara, 1994, p. 14).

Tal como analizaremos con mayor detenimiento a continuación, una disposición que fue modificada sin mayor discusión fue el artículo 105 de la Constitución de 1979, que otorgaba rango constitucional a las disposiciones de derechos humanos de los tratados internacionales. Ahora bien, lo cierto es que, en este aspecto específico, planificado o no, orquestado o no, el no reconocimiento del rango constitucional de estas disposiciones constituyó «una clara involución en relación con la tendencia contemporánea [...] y con la propia constitución de 1979» (Salmón Gárate, 2002, p. 64), lo que abrió la puerta a la inseguridad sobre el modo en que estas normas de derecho internacional conversaban con las normas de derecho peruano, las posibilidades para su judicialización y el compromiso estatal con su cumplimiento.

## 2.2. Descripción del caso

Tal como ya se advirtió desde el inicio, pese a que la controversia principal de esta sentencia es un asunto de competencias regionales y nacionales, su verdadero impacto radica en el reconocimiento de la pirámide normativa del Perú. En ese sentido y en orden de relevancia, se explicarán los hechos del caso tomando en consideración ese doble nivel: en el primer punto, se realizará una descripción de los hechos no explícitos del caso que motivaron el pronunciamiento respecto de la jerarquía normativa, en especial respecto del rango constitucional de los tratados de derechos humanos; y en el segundo punto, se describirán los hechos que motivaron la controversia que resolvió el TC sobre las competencias nacionales y regionales en materia de educación.

### 2.2.1. Los hechos del caso

#### *La construcción jurisprudencia de la jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos*

La jerarquía normativa en el derecho peruano, de modo específico en los asuntos relativos a los tratados internacionales, es relativamente nueva. Solo desde la Constitución de 1979 es posible encontrar un desarrollo complejo relativo a la regulación de este tipo de normas en el Perú. Antes de eso, entre las constituciones de 1823 y 1933, toda la regulación jurídica que encontramos apunta de modo muy escueto y reducido tan solo a la incorporación de los tratados internacionales mediante una fórmula que encargó desde siempre a los presidentes de la República la ratificación de tratados y al Congreso (o las cámaras) la aprobación o no de algunos convenios en específico.

Como mencionamos, es a partir de 1979 que la regulación de la normatividad internacional en el derecho interno se vuelve más sistemática en dos temas específicos: la incorporación y la jerarquía de los tratados, suerte que seguiría la Constitución de 1993. Ahora bien, si comparamos ambos textos constitucionales, se observará, como ya se señaló,

un retroceso en cuanto a la jerarquía de las normas de derechos humanos en la Constitución de 1993.

Esta Constitución realizó una copia incompleta de la fórmula de la de 1979, que resultó en la desregulación del rango de los derechos humanos en el sistema normativo peruano. Dicho rango fue otorgado a los tratados de derechos humanos adrede; fue discutido e investigado por los constituyentes de 1979 precisamente para cumplir con las responsabilidades internacionales, tal como consta en el diario de debates de la Comisión de Constitución (Congreso de la República, 1978, p. 104).

En contraste, en el diario de debates de la Comisión de Constitución del Congreso (2007, p. 2965), la referencia a los tratados es corta y en ella se evidencia el reclamo de algunos comisionados debido a que el texto en consulta para la nueva Constitución no asignaba rango constitucional a las normas de derechos humanos. La mayoría oficialista justificó que, en tanto el artículo 2 contenía todos los derechos, no era necesario regresar a la fórmula anterior. Varios comisionados constituyentes pidieron que se debata este asunto; sin embargo, se decidió postergar el debate y consultar con especialistas. Ahora, si nos remitimos al diario de debates del pleno del Congreso (2007, p. 720), en el que se aprueba este capítulo específico, existe discusión sobre la jerarquía del derecho internacional en el derecho nacional y la oposición defiende que se mantenga la referencia del rango diferenciado de los preceptos relativos a los derechos humanos; sin embargo, ninguna intervención del oficialismo o de los miembros de la comisión se encargó de sustentar la razón del cambio. La votación aprobó el capítulo relativo de los tratados y extirpó el rango jerárquico a las normas del derecho internacional en la Constitución.

En la comparación (cuadro 1), se hace evidente que se rebajó el rango de los tratados de supralegal a legal y se omitió la referencia explícita en relación con las obligaciones de derechos humanos. Entonces, desde 1993, el mencionado proceso de desregulación resultó en la pérdida de la jerarquía constitucional de las normas de derechos humanos.

**Cuadro 1**  
**Comparación de la regulación de la jerarquía normativa entre**  
**las constituciones de 1979 y 1993**

Jerarquía	Constitución de 1979	Constitución de 1993
<b>Supremacía de la Constitución</b>	«Artículo 87. La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica [...]».	«Artículo 51. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente [...]».
<b>Jerarquía de los tratados</b>	«Artículo 101. Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero».	«Artículo 200. Son garantías constitucionales: [...] 4. La acción de inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley, leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamento del Congreso, normas regionales de carácter regional y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo[...]».
<b>Jerarquía de los derechos humanos</b>	«Artículo 105. Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución».	No existe regulación.
<b>Prelación</b>	«Artículo 236. En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna».	«Artículo 138. [...] En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

*La oscura regulación de la jerarquía normativa en materia de descentralización y la necesidad del pronunciamiento constitucional sobre la jerarquía normativa en términos generales*

El centralismo de Lima es digno de un sistema solar: su poder de atracción es tal, que todo intento descentralista siempre ha sido un bien esquivo. Esta situación ha sido enfrentada de diversos modos en la historia republicana del Perú (Blume, 2003, p. 23), pero nunca tuvo un revés tan claro como en la última dictadura que vivió el Perú entre los años 1992 y 2000. En el diseño del modelo constitucional peruano de 1993, se ha reconocido como fundamental la creación de lo que Planas denominó el «hipercentralismo» (1999, p. 235), con la consecuente abducción de los competencias compartidas y delegadas pactadas con las regiones en la Constitución de 1979, llamado también por él como «el consenso por la regionalización».

Con la Constitución de 1993, se desmontaron las aspiraciones regionales de la descentralización: se eliminaron las regiones como nivel de gobierno y se crearon los Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR) con autoridades designadas por el presidente y no elegidas en las urnas; los municipios se redujeron a «entidades de control de la demanda de servicios públicos centralizados», lo que consolidó un intencional «presidencialismo autocrático» (Dammert, 2003, p. 14) en un proceso de fragmentación en el cual la ambigua regulación constitucional fomentó la duplicidad de funciones y el desorden normativo, lo que generó que todas las intervenciones estatales, incluidas las competencias en educación, dependieran directamente del Poder Ejecutivo (Contraloría General de la República, 2014, p. 32) a través del Ministerio de la Presidencia.

Con el retorno a la democracia, en el año 2002 se reformó la Constitución de 1993 y se aprobaron varias modificaciones para la rehabilitación de las regiones como nivel de gobierno, así como la ley de bases de la descentralización. El nuevo proyecto descentralista incluiría, en su etapa final, la transferencia de las competencias sectoriales, entre

las que se incluyó la educación, planificada para el año 2004 y que se aceleró desde 2007 (Alcázar, 2011, p. 13).

En seguimiento de lo anterior, el 24 de abril de 2006, el TC emitió en el pleno la sentencia de inconstitucionalidad 047-2004-AI/TC en el marco de una disputa de competencias funcionales planteada por el gobierno regional de San Martín, el cual cuestionó la constitucionalidad de la ley 27971 con argumentos relacionados, en el fondo, con el proceso de descentralización de la educación.

Para entender las contradicciones que dicho gobierno regional buscaba solucionar, es necesario remontarnos a la ley 27491, promulgada durante el gobierno de transición en el año 2001. Dicha ley fue concebida para nombrar en la carrera docente a profesores que ya se encontraban contratados y ocupaban funciones a través de otro tipo de contratos, de acuerdo a lo que se desprende de la exposición de motivos del proyecto de ley que justificó su aprobación. De acuerdo con el texto del proyecto, este se trataría simplemente de un proceso de regularización de plazas ya presupuestadas. Sin mucho mayor detalle sobre la fuente de la información, se anunció que serían alrededor de 75 mil las plazas disponibles y presupuestadas listas para su regularización.

Ahora bien, tras el concurso de méritos, no todos los maestros habrían logrado su nombramiento en la carrera docente, por lo que el año 2003 se emitió la ley 27491, la que dispuso que se reanude el proceso de nombramiento de los maestros, con una variación que generó muchas tensiones; pues, según su artículo 3, los maestros podrían «ser nombrados en las plazas de los centros y programas educativos de su misma o *diferente jurisdicción* a la del órgano intermedio en que originalmente postularon». Los gobiernos regionales de la selva salieron en defensa de sus intereses y publicaron sendas ordenanzas regionales (la ordenanza regional 001-2004-CR/GRL, Loreto; o la 003-2004-GRSM/CR, San Martín, del 27 de febrero de 2004), a través de las cuáles reclamaban su derecho a reservar las plazas a sus profesores locales para beneficiar la enseñanza intercultural bilingüe y la identidad regional, negándose al nombramiento de profesores foráneos.

No dejemos de lado el capital político que ganan los representantes con los nombramientos, por lo que la tensión se muestra evidente.

En estas condiciones, si tomamos en consideración que la Constitución de 1993 es muy escueta respecto de la jerarquía de las normas en el Perú, esta sentencia necesaria buscó solucionar la controversia concreta respecto de qué órgano ostentaba la competencia funcional sobre el nombramiento de maestros; en efecto, determinó que la ley 27971 no era inconstitucional, pues demostró que el nombramiento de maestros es una competencia compartida entre el Ministerio de Educación y los gobiernos regionales, en la cual el primero fija las políticas sectoriales en carrera magisterial y los segundos, conducen el proceso de asignación de plazas.

### 2.2.2. Desarrollo de la sentencia y resolución

A continuación, se presenta la ruta jurisprudencial a través de la emisión de dos sentencias (una de 2003 y otra de 2006) para la determinación de la pirámide normativa de las normas en el derecho peruano, con énfasis en los tratados y las normas de derecho internacional.

Tal como se ha planteado, el TC aprovechó esta oportunidad para llenar los vacíos dejados por la Constitución de 1993 en materia de la estructura normativa peruana. En este afán, logró consolidar una línea jurisprudencial que, en dos momentos, precisó las omisiones advertidas. Esta línea jurisprudencial correctiva inició el año 2003, en un caso en el que se demandó la inconstitucionalidad del contrato-ley entre el Estado peruano y la empresa Telefónica del Perú. En esta sentencia, el TC discutió el rango normativo de los contratos-ley y, pese a declararse incompetente para conocer la demanda, en su formulación inicial el TC propuso la jerarquía del ordenamiento peruano sobre la base de dos criterios: las categorías y los grados; además, reconoció la existencia de las siguientes cinco categorías:

[...] la primera categoría se encuentra ocupada por las normas constitucionales y las normas con rango constitucional; la segunda está conformada por la ley y normas con rango de ley; la tercera

está constituida por los decretos y normas de naturaleza ejecutiva; la cuarta por las resoluciones; y la quinta por las normas con interés de parte. Estas últimas incluyen las decisiones del Estado surgidas a petición de los particulares, o actos de éstos sin intervención estatal, que generen derechos y deberes de carácter personal (TC, 2003, f.j. 7).

Asimismo, el TC refirió que las normas de la segunda categoría (aquellas sobre las que es posible interponer una acción de inconstitucionalidad) son las siguientes:

[...] las leyes y normas con rango de ley, donde se incluye a las leyes orgánicas, las leyes ordinarias en sus distintas denominaciones [leyes generales, de bases, de desarrollo constitucional, etc.], los tratados (aprobados por el Congreso), los decretos legislativos, las resoluciones legislativas, el Reglamento del Congreso, las ordenanzas municipales, las normas regionales de carácter general, las ordenanzas regionales, el decreto de urgencia y los decretos leyes (TC, 2003, f.j. 7).

Finalmente, el TC estableció, con respecto de estas últimas normas, que pese a tener la misma categoría, no todas tienen el mismo grado. El grado es aquella característica que impone jerarquía entre normas de una misma categoría. Con estas previsiones iniciales, la pirámide normativa quedó configurada como vemos en el siguiente cuadro.

**Cuadro 2**  
**Jerarquía normativa desde 2003**

<b>Primera categoría</b>	Constitución y normas con rango constitucional.
<b>Segunda categoría</b>	Ley y normas con rango de ley: leyes orgánicas, leyes ordinarias, tratados aprobados por el Congreso, decretos legislativos, resoluciones legislativas, reglamento del Congreso, ordenanzas municipales, ordenanzas regionales, decretos de urgencia y decretos leyes (no se establece el grado)
<b>Tercera categoría</b>	Decretos y normas de naturaleza ejecutiva
<b>Cuarta categoría</b>	Resoluciones
<b>Quinta categoría</b>	Normas con interés de parte

Hasta el año 2003, podemos advertir que el rango que ocupaban los tratados era el de segunda categoría. En esta oportunidad, el TC se refirió a los tratados aprobados por el Congreso; es decir, aquellos reseñados en el artículo 56 de la Constitución de 1993, entre los cuales se encuentran los tratados de derechos humanos. De hecho, esta posición es consistente con lo que ya se había afirmado para el caso particular del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el que se señaló, en el año 1999, que ostentaba dicho rango legal:

Que en la medida en que el artículo 14° inciso 6) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce un mandato indemnizatorio como consecuencia de la comisión de un error judicial a propósito de quienes han sido beneficiados con una medida de indulto, esto es, crea una obligación como correlato de una determinada situación jurídica, no cabe la menor duda, que al tratarse de derecho aplicable en nuestro país y que como se ha dicho, tiene el mismo rango que el de una ley, le asiste el mismo régimen jurídico que opera respecto de la Acción de Cumplimiento (TC, 2000, f.j. 7).

En línea con lo anterior, podemos afirmar, entonces, que para el año 2003, el rango de todos los tratados era legal. Sin embargo, con el planteamiento de la controversia por parte del gobierno regional de San Martín, el TC aprovechó la oportunidad para modificar su línea jurisprudencial y perfeccionar más el catálogo de fuentes. En su sentencia, profundiza sobre la categoría y el rango, además de dedicarle una sección completa a los tratados.

Ahora bien, con el planteamiento de la controversia del gobierno regional y adopción de la sentencia conocida como «Nina-Quispe», el TC regresa sobre su precedente del año 2003. Así, el 24 de abril de 2006, se refiere al sistema de fuentes del derecho peruano y señala que el inciso 4 del artículo 200 otorga rango legal a un grupo de normas, las cuales son: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados,

reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas (TC, 2006, f.j. 15) y a continuación se decide analizar la naturaleza de cada una de estas fuentes que ostentan rango legal. Cuando es el turno de los tratados (2006, f.j. 18-22), el TC no realiza un estudio profundo sobre ellos en general y solo se encarga de realizar una escueta referencia a la IV DFT, respecto de la cual advierte que entraña una «regla especial» acerca de los tratados de derechos humanos, según la cual estos tratados «sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades» (2006, f.j. 22).

En cierto modo, no resulta forzado entender que el TC se refiere a la IV DFT para anotar esta característica especial de los tratados de derechos humanos como patrón interpretativo, pero «esta disposición solo establece un criterio hermenéutico, pero no está destinada a otorgar un rango diferenciado a los mismos» (Salmón, 2014, p. 286); es decir, solo consagra al más alto nivel normativo un método de interpretación de los derechos fundamentales. Sin embargo, resulta necesario señalar que el establecimiento de esta relación entre el artículo 55 y la IV DFT, en esta sentencia en particular, aunque fuera tangencial, es confuso y por tanto no resulta simplemente inofensivo.

Sin perjuicio de lo anterior, el TC, en su fundamento jurídico 61, plantea la distribución final de categorías y grados de las fuentes del derecho peruano y les asigna a los tratados de derechos humanos rango constitucional. Sin bien esta conclusión cambió el escenario de organización de fuentes del derecho nacional, no se realiza una justificación exhaustiva para concluir que ese es el grado que les corresponde a dichas normas internacionales, ni nos indica cuál es la naturaleza de la misma.

Con las atingencias planteadas, la jerarquía normativa quedó configurada del siguiente modo a partir de 2006:

**Cuadro 3**  
**Jerarquía normativa desde 2006**

<b>Primera categoría</b>	Primer grado: la Constitución
	Segundo grado: leyes de reforma constitucional
	Tercer grado: tratados de derechos humanos
<b>Segunda categoría</b>	Las leyes y las normas con rango o de ley, donde aparecen las leyes, los tratados, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales, las ordenanzas municipales y las sentencias expedidas por el TC que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley Además, decretos ley
<b>Tercera categoría</b>	Los decretos y las demás normas de contenido reglamentario
<b>Cuarta categoría</b>	Primer grado: las resoluciones ministeriales, las resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Defensoría del Pueblo, etc.)
	Segundo y demás grados descendentes: las resoluciones dictadas con sujeción al respeto del rango jerárquico intrainstitucional
<b>Quinta categoría</b>	Los fallos jurisdiccionales y las normas convencionales

En función de lo anterior, es posible concluir que existen tres momentos relevantes en torno a la ruta jurisprudencial para el otorgamiento del rango constitucional a los tratados de derechos humanos en el Perú: el primero consiste en la desregulación proveniente de la adopción de la Constitución de 1993, que dejó sin efecto lo establecido en la de 1979; el segundo aparece en 1993, cuando el TC establece que los tratados (sin especificar cuáles) ostentan rango de ley; finalmente, el tercero se da en el año 2006, cuando el TC cambió este precedente constitucional y estableció que los tratados de derechos humanos presentan rango constitucional, aunque dentro de esa categoría les asigna el tercer grado.

### 3. IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA

#### 3.1. El origen del rango constitucional de las normas de derechos humanos

Si bien el razonamiento jurídico del TC en la sentencia Nina-Quispe, podría interpretarse que la base jurídica para el reconocimiento del rango constitucional de los tratados de derechos humanos es la IV DFT; también encontramos que esta posible inferencia resulta aclarada de una lectura comprensiva de la jurisprudencia constitucional de la época.

En sentencias posteriores, el TC ha reconocido que los tratados de derechos humanos ostentan este rango diferenciado sobre la base de la interpretación del artículo 3 de la Constitución, que dispone que «la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno». En efecto, la Constitución de 1993 reconoce un catálogo de derechos enunciado en el artículo 2, pero abre dicho artículo con la previsión del artículo 3; es decir, los derechos fundamentales pueden ser tanto explícitos como implícitos. Es la suma de los artículos 2 y 3, como mínimo, lo que determina nuestro bloque de constitucionalidad. En estos términos, el TC señaló, en su fundamento jurídico tercero, en el caso Manuel Anicama que:

[...] la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento *todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se derivan de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales* (TC, 2005, f.j. 4; cursivas nuestras).

Esta posición fue reiterada por el TC al afirmar que:

Conforme a esta disposición el catálogo de derechos constitucionales no excluye “otros de naturaleza análoga” o que “se fundan” en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional. *Es decir, existe otro conjunto de derechos constitucionales que está comprendido tanto por “derechos de naturaleza análoga” como por los que se inferen de los principios fundamentales* (TC, 2006, f.j. 28; cursivas nuestras).

Mediante esta interpretación, el TC deduce que en nuestro ordenamiento interno es el artículo 3 el que otorga un rango diferenciado a los tratados de derechos humanos; se incorporan a la primera categoría de modo análogo que los derechos enunciados. Sobre esto, ha señalado en su jurisprudencia lo siguiente:

Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. *En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten “naturaleza análoga” a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza “constitucional”* (TC, 2006, f.j. 30; cursivas nuestras).

En conclusión, el rango diferenciado de los tratados de derechos humanos se deduce del artículo 3 de la Constitución y es jurisprudencia consolidada en el derecho peruano (Salmón Gárate, 2014, p. 286). Ahora bien, ¿por qué resulta tan crucial que los tratados de derechos tengan rango constitucional? La sólida fundamentación de esta línea jurisprudencial

resulta crítica para la judicialización de los derechos humanos. El rango constitucional abre la posibilidad de que los derechos humanos, reconocidos en la Constitución o en los tratados, puedan ser tutelados mediante un proceso constitucional de amparo, en el que se requiere que la violación del derecho alegado tenga sustento constitucional directo, como se señala en el artículo 38 del Código Procesal Constitucional: «No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo». La finalidad última del rango constitucional de los tratados de derechos humanos reposa en la posibilidad de forzar su ejercicio y velar por su reconocimiento a través de un proceso judicial.

### 3.2. Los «tratados de derechos humanos» como entelegalia jurídica

El TC indicó, en el fundamento jurídico 18, que los tratados reciben diversas denominaciones en función de sus diferencias formales y enlistó algunos de los nombres que reciben los tratados: convenios, acuerdos, protocolos, *modus vivendi*, actas, concordatos, entre otros. Esta enumeración, como el mismo TC anuncia, no es una lista cerrada ni taxativa; sin embargo, no es exacto que existan «diferencias formales» entre los tratados, más allá del contenido de las cláusulas que regulen. En estos términos, poco importa el nombre que lleven, pues lo importante son las obligaciones que se desprendan de su texto. Basta que se trate de un tratado en los términos del artículo 2.1.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 —es decir, un acuerdo internacional celebrado por escrito por dos o más Estados— para que vinculen al Perú en los términos del derecho internacional público.

Entonces, ¿por qué esta precisión resulta más importante que un mero tecnicismo? Y es que en su fundamento jurídico 61, el TC distingue entre tratados en general y tratados de derechos humanos, lo que podría generar una trampa que es necesario aclarar. Las fuentes convencionales reciben varios nombres y se definen como una fuente

del derecho internacional que se caracteriza por representar la fusión de dos o más voluntades de sujetos del aquel con el propósito de regular sus intereses por las reglas internacionales (Casesse, 2005, p. 172).

Del alcance de esta definición, no es posible encontrar con claridad una delimitación de lo que el TC está imaginando como «tratados de derechos humanos». Por esto, es posible afirmar que la fórmula de la Constitución de 1979 resultaba más beneficiosa, ya que el rango constitucional no se asigna a un instrumento legal, sino «a los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos». Aunque imperfecta, la fórmula señalaba que es de los tratados de derechos humanos de los que es posible deducir preceptos normativos que reconocen derechos. En efecto, sería posible encontrar «tratados» que no serían denominados como de «derechos humanos», en los cuales se introducen cláusulas sobre ellos o, por el contrario, tratados comúnmente reconocidos como de «derechos humanos», como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que contiene artículos en los cuales no se reconocen esos derechos, sino que se trata de disposiciones orgánicas o procedimentales que no es necesario que ostenten rango constitucional.

### **3.3. Los posibles conflictos normativos entre normas de rango constitucional**

De otro lado, es un reto pendiente que se desentrañe qué ocurriría entre una desavenencia entre el primer y tercer grado de la primera categoría de la estructura normativa actual. Es decir, qué ocurre cuando un tratado de derechos humanos, o tratado en general, colisiona con la Constitución. ¿Cómo se resuelve ese conflicto? Una forma sencilla sería aplicar la solución clásica para resolver antinomias (Guastini, 2010) y que la norma de grado inferior no puede asumir un contenido en colisión con la norma superior. Sin embargo, esta simple solución podría generar la responsabilidad internacional del Estado peruano en el cumplimiento de sus responsabilidades internacionales.

Ahora bien, enfocándonos específicamente en las normas internacionales de derechos humanos, cuya constitucionalidad ya ha sido reconocida, es posible resolver dicho conflicto más bien esquivándolo. Tal como el TC ha señalado (2006, f.j. 31), en el caso de los tratados de derechos humanos (o mejor dicho, los derechos reconocidos en dichos tratados), el rango constitucional viene dado por el artículo 3 de la Constitución, reforzado por la IV DFT; en estos términos, en realidad el operador jurídico se encuentra aplicando la misma Constitución, no una norma internacional de tercer grado de la primera categoría. Así, no solo se revela la ficción de los grados dentro de las categorías, sino que además se evidencia que el operador de justicia tendría que encontrar otro método de interpretación *pro persona* que busque preservar la unidad de la Constitución de 1993 y las obligaciones internacionales del Perú, no una básica solución antinómica de rango superior que prevalece sobre el rango inferior.

Y el reto propuesto no es rebuscado. De acuerdo con el artículo 68 de la CADH, los Estados partes se comprometen a cumplir con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y muchas veces hemos presenciado la reticencia al cumplimiento de las indemnizaciones (Corasaniti, 2009). Hace algunos años, en el marco del proceso de amparo interpuesto por Santiago Martín Rivas, en el que se invocaba la aplicación de leyes de amnistía 26479 y 26492, el TC aceptó que dichas normas eran inaplicables (2007, f.j. 35 y ss.), por contradecir la Constitución y por la propia declaratoria de la Corte IDH en las sentencias de fondo y de interpretación del caso Barrios Altos (2007, f.j. 44-49). En el ejemplo, el TC armonizó la supremacía constitucional con las obligaciones internacionales convencionales del cumplimiento de los tratados y aceptó lo dispuesto por la Corte IDH e inaplicó las leyes de amnistía, manteniendo la coherencia entre la jerarquía nacional y sus obligaciones respecto del artículo 68 de la CADH.

Sin embargo, tan solo unos años atrás, otro TC tal vez hubiera arribado a conclusiones diferentes. De hecho, en Venezuela, la Constitución

de 1999 dispone, en su artículo 33, el rango constitucional de los tratados de derechos humanos y eso no fue óbice para que el Tribunal Supremo de Justicia (2011, p. 34), ante el pedido de cumplimiento de reparación de la sentencia de la Corte IDH en el caso Leopoldo López —por la vulneración de su derecho a ser elegido y la inhabilitación no judicial por diez años para el ejercicio de cargos públicos—, simplemente optó por determinar que el rango constitucional solo corresponde a los tratados, no a los fallos de órganos internacionales y que la pretensión de la Corte IDH de «imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional» era simplemente inaceptable. En democracia, siempre es más fácil cimentar las bases jurídicas para la realización de los derechos humanos.

#### 4. CONCLUSIONES

A través de la sentencia Nina-Quispe, se corrigió un gran vacío dejado por la desregulación de la Constitución de 1993 respecto del rango de los tratados de derechos humanos. El TC, a través sentencias cercanas a la recomposición democrática del Perú, logró construir una línea jurisprudencial que perfeccionó el catálogo de fuentes, con un impacto especial en el reconocimiento de los tratados de derechos humanos. Ahora bien, la necesidad de contar con una argumentación sólida respecto de la jerarquía de los tratados de derechos humanos es importante para que el derecho nacional sea capaz de recibir con facilidad el conjunto de obligaciones del derecho internacional, más allá de la fuente de procedencia. En este sentido, en franco uso de su «energía correctora» (Castillo-Córdova, 2006, p. 897), sería consistente que el TC reconozca que no es importante la fuente del derecho internacional a través de la cual se reconoce un derecho humano, ya que esta podría tener un origen convencional o espontáneo; lo importante es que sea posible realizar su contenido y, en caso de limitaciones arbitrarias, permitir su judicialización.

Por último, conviene apuntar que, pese a la distribución de categorías y grados establecida por el TC, no es posible aceptar que entre una desavenencia entre una norma de la Constitución de 1993 y un derecho humano incorporado por el artículo 3 de la misma, prevalezca el primero. En estos términos, no vemos que aplique directamente la posibilidad de solucionar el conflicto antinómico a través del rango, sino que es necesario que el operador jurídico compatibilice el contenido de las normas en conflicto con una interpretación *pro persona* y preserve la unidad de la constitución, sin perder de vista el cumplimiento de las obligaciones internacionales generales del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alcázar, Lorena (2011). Descentralización y presupuesto de la educación pública en el Perú: avances y desafíos. *Revista Peruana de Investigación Educativa*, 3, 7-51.
- Blume, Ernesto (2003). La descentralización en la Constitución del Perú. En Domingo García Belaunde, *La Constitución y su defensa* (pp. 11-49). Lima: Grijley.
- Castillo-Córdova, Luis (2006). El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana. *Anuario de Derecho Latinoamericano*, 2, 879-901.
- Casese, Antonio (2005). *International Law* (segunda edición). Oxford: Oxford University Press.
- Congreso de la República (1978). *Acta de 17a. de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso, martes 19 de diciembre*. Recuperado de [http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/Actas/ACTAS79CT1\(63-112\).PDF](http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/Actas/ACTAS79CT1(63-112).PDF).
- Congreso de la República (2007a). *Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y Reglamento* (tomo V). Lima: Diario de los Debates. Recuperado de [http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion\\_1993/ComConstReglam93/Tomo\\_V.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/ComConstReglam93/Tomo_V.pdf).
- Congreso de la República (2007b). *Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional. Pleno - 1993* (tomo I). Lima: Diario de los Debates. Recuperado de [http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion\\_1993/DebConst-Pleno93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/DebConst-Pleno93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf).

- Contraloría General de la República (2014). *Estudio del proceso de descentralización en el Perú*. Lima: Tarea Gráfica Educativa.
- Corasaniti, Vittorio (2009). *Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario*. *Revista IDDH*, 49, 13-28.
- CVR - Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). *Informe final* (tomo III). Lima: CVR. Recuperado de <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/>.
- Dammert, Manuel (2003). *La descentralización en el Perú a inicios del siglo XXI: de la reforma institucional al desarrollo territorial*. Santiago de Chile: ILPES.
- Degregori, Carlos Iván (2000). *La década de la antipolítica: auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos*. Lima: IEP.
- Guastini, Riccardo (2010). *Nuevos estudios sobre la interpretación* (serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 55). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- McFarland Sánchez-Moreno, María (2002). Cuando una «Constitución» es una Constitución: el caso peruano. *Pensamiento Constitucional*, 8(8), 547-602.
- McClintock, Cynthia (2006). Electoral authoritarian versus partially democratic regimes: The Case of the Fujimori government and the 2000 elections. En Julio F. Carrión, *The Fujimori Legacy: The Rise of Electoral Authoritarianism in Peru* (pp. 246-267). Pennsylvania: Pennsylvania State University Press.
- Murakami, Yusuake (2006). *Perú en la era del chino, la política no institucionalizada y el pueblo en busca de un salvador*. Lima: IEP-CIAS.
- Pásara, Luis (1994). Perú. Nueva constitución, vieja historia. *Nueva Sociedad*, 130, marzo-abril, 9-14.
- Planas, Pedro (1999). *El fujimorato. Estudio político constitucional*. Lima: Talleres Gráficos Kelly.
- Salmón Gárate, Elizabeth (2002). Las normas internacionales en la propuesta de la Comisión de Estudio de la Reforma Constitucional del Perú. *Agenda Internacional*, VII(16), 59-81.
- Salmón Gárate, Elizabeth (2014). *Curso de derecho internacional público*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2000). Expediente 1277-99-AC/TC, Ana Elena Townsend Díez Canseco y otros, sentencia del 13 de julio. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/01277-1999-AC.pdf>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2003). Expediente 005-2003-AI/TC, Congresistas de la República, sentencia del 3 de octubre. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00005-2003-AI.html>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2005). Expediente 1417-2005-AA/TC, Manuel Anicama Hernández, sentencia del 8 de julio. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2006). Expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Colegio de Abogados de Arequipa y otros, sentencia del 25 de abril. Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/Normas007/sentencia%20tc%20025-2005-pi-tc.doc>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2007). Expediente 679-2005-PA/TC, Santiago Enrique Martín Rivas, sentencia del 2 de marzo. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00679-2005-AA.pdf>
- Vásquez Agüero, Piero (2013). La accidentada ruta constitucional de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno. *Themis. Revista de Derecho*, 63, julio, 89-108.

Fondo Editorial PUCP

## CASO TINEO SILVA

### ESTRATEGIA ANTITERRORISTA E IMPACTO DE LA LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA<sup>1</sup>

Víctor Quinteros

#### FICHA DEL CASO

1992	1992	1992	2003	2003
5 de abril	16 de mayo	6 de junio al 26 de noviembre	3 de enero	18 de enero al 20 de febrero
El expresidente Alberto Fujimori da un golpe de Estado y disuelve el Congreso de la República, mediante decreto ley 25418.	Se publica el decreto ley 25499, también conocido como «ley de arrepentimiento».	Se promulgan hasta seis decretos ley relativos a la lucha contra el terrorismo.	El TC emite sentencia sobre el caso Tineo Silva, en la que se determina la vulneración de principios constitucionales y derechos fundamentales.	Se promulgan hasta seis decretos legislativos que constituyen la nueva legislación antiterrorista.

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, el autor recibió los aportes de Iris Jave, además de los comentarios del equipo de investigadores.

## RESUMEN

El 5 de abril de 1992, por decreto ley 25418 (ley de bases del gobierno de emergencia y reconstrucción nacional), el expresidente Alberto Fujimori consumó un «autogolpe» de Estado contra el régimen democrático, quebró el estado de derecho e instauró un gobierno de facto a partir del cual aprobó un nuevo marco jurídico en materia antiterrorista (legislación de emergencia). Con este nuevo marco legal, el régimen tipificó los delitos de terrorismo, apología del terrorismo y traición a la patria; además, reguló los procedimientos para la investigación, procesamiento y sanción de estos delitos, vulnerando los derechos fundamentales y las garantías del debido proceso de miles de imputados<sup>2</sup>. Ello motivó que, el año 2002, Marcelino Tineo y más de 5000 ciudadanos demandaran la inconstitucionalidad de las referidas normas ante el TC. Este artículo presenta un análisis del contexto en que fue aprobada la legislación de emergencia y su impacto directo en la estrategia antiterrorista implementada a inicios de los años noventa, para así comprender la relevancia de la sentencia del TC y el desarrollo de los nuevos juicios penales con pleno respeto de los derechos fundamentales de quienes en el pasado fueron juzgados en el marco de la inconstitucional legislación de emergencia.

### 1. INTRODUCCIÓN

Durante casi dos décadas, desde el 17 de mayo de 1980, el Perú sufrió uno de los periodos más violentos y dolorosos de su historia republicana: el conflicto armado interno o guerra interna iniciada por la organización terrorista Sendero Luminoso contra el Estado peruano en momentos que el país retornaba a la democracia luego de doce años de dictadura militar. Frente a la amenaza creciente de Sendero Luminoso

---

<sup>2</sup> Fueron aprobados los decretos ley 25475, 25659, 25708, 25744 y 25880.

y luego del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), el Estado respondió con diversas estrategias que cambiaron y evolucionaron conforme las fuerzas del orden comenzaron a conocer al enemigo.

Tomando como referencia el informe final de la CVR, este proceso evolutivo se podría organizar en tres fases bien marcadas: la primera, inicial, caracterizada por un tipo de ataque sistemático y generalizado hacia la población civil; la segunda, aplicada desde 1989, de ataques más selectivos y de mayor intensidad en la práctica de desapariciones forzadas; y, finalmente, luego del autogolpe del 5 de abril, de consolidación de la estrategia aplicada desde 1989 a partir de la aprobación de un nuevo marco legal en materia antiterrorista, diseñado para el procesamiento y condena sumaria de personas acusadas de pertenecer o apoyar a los grupos terroristas alzados en armas (CE CVR, 2004, pp. 46-48).

Un rasgo común de estas intervenciones al hacer frente a la subversión fue que cada una de ellas involucró —sin ser ese su objetivo central— la violación de derechos fundamentales. En la primera y segunda fases, en mayor o menor grado, se trató de la vulneración —entre otros derechos— del derecho a la vida y la libertad e integridad personal; y, en la tercera fase, de una clara vulneración a la libertad personal y, principalmente, del derecho al debido proceso (IDEHPUCP, 2009, p. 111).

En este texto, nos centraremos en analizar el contexto e impacto que en su momento tuvo la tercera fase; es decir, la aprobación de la legislación de emergencia en el marco de la estrategia antiterrorista aplicada a partir de 1989. Esta legislación, conforme la referida sentencia del TC y otras de la Corte IDH<sup>3</sup>, vulneró derechos fundamentales y, casi en su totalidad,

---

<sup>3</sup> Antes de la citada sentencia del TC, la Corte IDH había emitido pronunciamiento identificando las normas de la legislación antiterrorista que consideró violatorias de la CIDH. Así, la Corte IDH recomendó la reforma de la legislación de emergencia y el inicio de nuevos juicios contra Ernesto Castillo Petrucci y otros nacionales chilenos condenados por delito de traición a la patria (Castillo Petrucci y otros vs. Perú, sentencia del 30 de mayo de 1999). Posteriormente, con fecha 25 de noviembre de 2004, la Corte IDH, al pronunciarse con respecto al caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, valoró y destacó las reformas legales que efectuó el Estado peruano en cumplimiento de la sentencia del TC.

resultó inconstitucional y reñida con las reglas básicas de todo estado de derecho. Ello se debe a que respondió a un objetivo militar y político que buscaba el término de la guerra interna a cualquier costo.

Según la CVR (CE CVR, 2004, p. 207), en versión coincidente con la del ejército peruano, así como con estudios de exmiembros de la marina de guerra (Zapata, 2017, p. 187)<sup>4</sup>, la estrategia frente al terror no fue asumida inicialmente desde el poder político, sino que este eludió toda responsabilidad encargando la solución del problema a las fuerzas armadas. De allí que la evolución de las formas de respuesta al terrorismo, de una estrictamente militar a otra progresivamente más integral, sea una evolución propia de los estamentos militares hasta el inicio de la tercera fase, momento en que el aporte y compromiso político resultó manifiesto con la aprobación de la legislación de emergencia.

Si bien no es propósito del presente artículo profundizar en los diversos y fundados cuestionamientos a la legislación de emergencia, es preciso señalar que, aun cuando resultó funcional a los objetivos políticos y militares planteados al momento de su aprobación, su aplicación involucró un alto costo social. Sobre este punto, basta citar la conclusión 130 del informe final de la CVR, que resulta explícito sobre este tema específico:

La CVR ha constatado que el resultado de la aplicación estricta y acrítica de la legislación antiterrorista de 1992 permitió que en el procesamiento de detenidos no se garantizara la imparcialidad de los juicios. Cientos de personas inocentes tuvieron que sufrir largas condenas, la violación de las garantías al debido proceso arrojó una sombra de duda sobre los procesos realizados. El descrédito sufrido por el sistema judicial durante el régimen presidido por Alberto Fujimori desembocó en un favor a los verdaderos subversivos cuando, años después, el Estado tuvo que realizar nuevos juicios a partir de pruebas escasas (CE CVR, 2004, p. 457).

---

<sup>4</sup> En referencia al libro de Jorge Ortiz Sotelo, titulado *Acción y valor: historia de la Infantería de Marina del Perú* (2010).

En esa línea, la sentencia del TC recaída en el caso planteado por Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos, constituyó el paso previo a la aprobación de la nueva legislación que hizo posible el desarrollo de los nuevos juicios a los que hizo referencia la CVR<sup>5</sup>.

## **2. DESARROLLO DEL CASO**

### **2.1. Contexto sociopolítico**

La legislación antiterrorista —cuestionada a través de la demanda de inconstitucionalidad presentada por Marcelino Tineo Silva y otros— fue aprobada durante el segundo semestre del año 1992, luego del autogolpe de Estado del 5 de abril de ese mismo año. Para efectos del análisis, interesa conocer el contexto y, a partir de él, las razones que motivaron la aprobación de la legislación de emergencia y su funcionalidad con respecto a la estrategia antiterrorista aplicada en aquel entonces.

#### **2.1.1. Equilibrio estratégico y la guerra de Lima**

Aun cuando la historia da cuenta de que la derrota de Sendero Luminoso comenzó a gestarse con el cambio de estrategia antisubversiva durante el año 1989 —desde la aprobación del manual de operaciones contra-subversivas ME 41-7—, lo cierto es que este grupo terrorista consideró que su guerra estaba lejos de estar perdida y que más bien había llegado a su fase de equilibrio estratégico. De ello da cuenta su primer congreso nacional, desarrollado durante el año 1988, siendo que la guerra senderista debía cumplir uno de sus postulados básicos y trasladar la lucha

---

<sup>5</sup> En la sección cuarta del tomo VI del informe final de la CVR, se abordan los patrones en la perpetración de los crímenes y de las violaciones de los derechos humanos. Así también, en la sección 1.6, se desarrolla con gran detalle la violación al debido proceso, en el que se analiza el impacto de la legislación antiterrorista e incluso se hace referencia a la sentencia bajo comentario (CE CVR, 2004, pp. 391 a 572).

del campo a la ciudad (CE CVR, 2004, p. 72). Con ello, Lima se convertía en uno de los principales escenarios del conflicto, hecho histórico que la líder senderista Elena Iparraguirre, miembro del comité central de la organización criminal, reconoció al precisar que el desenlace del conflicto se jugaría en esta ciudad; peor aún, según esta misma versión, este escenario no era una expresión de derrota, sino el desarrollo lógico de una guerra popular que avanzaba victoriosa (Zapata, 2017, p. 203).

Sin embargo, es precisamente la guerra en el campo la que logra expulsar a Sendero Luminoso de ese ámbito debido a la acción de los comités de autodefensa que actuaron en alianza y como complemento de las fuerzas armadas. Así, el desplazamiento de los miembros de este grupo terrorista a la ciudad limitó sus capacidades de camuflarse entre la población civil, viéndose expuestos ante las fuerzas del orden cuya especialidad en las labores de inteligencia resultaba mucho más efectiva en el ámbito urbano. Un logro emblemático de este trabajo fue la captura de los principales mandos senderistas a cargo del grupo especial de inteligencia de la PNP (GEIN).

En todo caso, sea desde la tesis fundada de la progresiva derrota de Sendero Luminoso desde 1989 o la tesis triunfalista expresada por una de sus propias líderes, lo cierto es que desde 1992 este grupo intensificó su ofensiva contra Lima y multiplicó los asesinatos a dirigentes barriales y populares (Degregori, 2012, p. 39). No debemos olvidar que los fundamentos ideológicos de Sendero Luminoso siempre fueron los mismos y que, por tanto, aún en esta fase del conflicto, regían las proclamas partidarias que exigían a sus militantes «pagar la cuota de sangre» (1982), «inducir genocidio» (1985) o que anunciaban el «millón de muertos» (1988) como costo de la lucha armada, lo que revelaba el potencial genocida de la organización y del pensamiento que preconizaba su máximo líder, Abimael Guzmán (CE CVR, 2004, p. 436)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Similares referencias en Zapata, 2017, p. 163 y Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 305.

Es decir, aun cuando el Estado avanzaba en su lucha contra el terror, el fanatismo senderista no claudicaba y seguía siendo un peligro para el país y sus ciudadanos.

Esta «intensificación del conflicto» —como la CVR denomina a esta etapa (1989-1992)— se refleja en el número de acciones senderistas emprendidas contra el Estado, cuyo pico más alto se registra en el año 1989 con 4170 acciones a nivel nacional, siendo que hasta el año 1992 dicho registro siempre fue superior a las 3000 acciones (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 271). Otra cifra ilustrativa es el número de personal de tropa del ejército peruano muerto en combate, donde cerca del 50% fue abatido entre los años 1991 y 1993. De hecho, el año 1992 trajo consigo el número más alto de miembros del ejército peruano asesinados durante el periodo de violencia, entre oficiales (16), técnicos y suboficiales (19) y personal de tropa (177) (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, pp. 242, 293 y 294).

Aunque el máximo líder senderista, Abimael Guzmán, cayó detenido por el GEIN en setiembre de 1992 y ello resultó fundamental para la derrota de Sendero Luminoso, la actividad de este grupo estuvo lejos de detenerse y de eso dan cuenta las casi 2800 acciones terroristas registradas durante el año 1993 y las más de 1000 en el año 1994 (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 271). Siguiendo a Benedicto Jiménez, la propia actitud de Guzmán, asumida inmediatamente después de su captura, abonaba a la continuidad de la lucha. Así, el 24 de setiembre de 1992, en su primera presentación pública, Guzmán improvisó un corto discurso y lanzó la consigna: «[...] construir la conquista del poder, traspasando el poder del campo a la ciudad» (Jiménez, 2004, p. 768), lo que significaba seguir desarrollando la guerra popular.

Sin embargo, al analizar bajo qué liderazgo sería asumida esta nueva etapa, Jiménez agrega que, ante la ausencia del líder, ningún dirigente tuvo la capacidad o conocimiento suficiente como para guiar la lucha armada, por lo que, en lo sucesivo, el accionar de la organización

criminal debió basarse en «retazos del plan que había dejado el líder cuando fue detenido» (Jiménez, 2004, pp. 768 y 772). Con su máximo líder capturado, Sendero Luminoso resultaba altamente vulnerable; pero, al mismo tiempo, igual de peligroso al disponer de armamento y huestes dispuestas a sacrificarse por su revolución. Así, dado el factor ideológico que impulsaba la continuidad del conflicto, el Estado buscó responder con medidas de impacto para terminarlo sin mayor dilación.

### 2.1.2. Política antisubversiva

En la introducción del presente artículo, se propusieron tres fases para describir la evolución de la estrategia antiterrorista aplicada desde el Estado. Las primeras dos fases tuvieron una conducción militar y es por ello que las versiones del conflicto atribuidas a las fuerzas armadas ofrecen una penosa imagen de los políticos peruanos con respecto al tema (Zapata, 2017, p. 187).

Sobre la primera fase de ataques sistemáticos y generalizados contra la población civil, calificada como de «tierra arrasada» a decir de la líder terrorista Elena Iparraguirre (Zapata, 2017, p. 187), esta corresponde a una etapa de aprendizaje conforme la describe el ejército peruano, donde el escaso conocimiento del enemigo originó diversos hechos de violencia que involucraron violaciones a los derechos humanos. De hecho, la doctrina militar aplicada en un inicio tuvo como base el manual ME 41-1 (aprobado en los años sesenta) y correspondía al combate contra guerrillas similares a las que operaron en Centroamérica durante esos años, muy distintas al tipo de guerra clandestina propuesta por Sendero Luminoso en los años ochenta.

Esta situación cambia en 1989, cuando el ejército deja atrás la estrategia anterior y prioriza dos procedimientos: consolidación de las rondas y comités de autodefensa; y afinamiento de labores de inteligencia (Zapata, 2017, p. 192). Como ejemplo del primer procedimiento, puede mencionarse que, al finalizar la década de 1980, trescientos comités de autodefensa habían sido constituidos solo en Ayacucho,

siendo cruciales en la expulsión y derrota de Sendero Luminoso de dicha región. Sobre el segundo procedimiento, el manual ME 41-7 resulta explicativo al precisar que la estrategia debe ser 80% inteligencia y 20% operaciones (CE CVR, 2004, p. 280). No obstante ello, la nueva estrategia militar tuvo un elevado costo político; pues, si bien cesaron los crímenes generalizados y por tanto se redujeron los hallazgos de fosas comunes, también aumentaron las prácticas de detención y desaparición forzada (CE CVR, 2004, p. 47).

Conforme lo señala Armando Zapata (2017, p. 201), esta nueva estrategia comenzó a golpear a Sendero Luminoso hacia fines de los ochenta, antes de las sucesivas caídas de los miembros de su comité central, pero ello no resultó suficiente. Como se afirma en el libro *En honor a la verdad*, en 1989, los institutos armados ya habían diseñado una estrategia integral y tenían reconocidos la organización, los elementos, las directivas y el planeamiento a futuro de las organizaciones terroristas; sin embargo, el marco legal penal aplicable era deficiente y era presa fácil de las argucias legales de los abogados que apoyaban a las personas investigadas y procesadas por terrorismo. Es en este escenario que la misma fuente bibliográfica reconoce que, en el marco de esta estrategia, la legislación antiterrorista fue un aporte al proceso (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 309), pese al significativo costo social del que dio cuenta posteriormente la CVR (CE CVR, 2004, p. 457).

La participación específica del gobierno fujimorista se dio en dos procesos: aprobación de decretos legislativos antiterroristas y actuación del Grupo Colina (Zapata, 2017, p. 210). Con respecto al primero, es necesario precisar que se trata de la estrategia oficial (legal) y pública adoptada por el gobierno, independientemente que su aprobación corresponda al régimen de facto instaurado luego del autogolpe del 5 de abril de 1992. El segundo punto, referido al Grupo Colina, podría considerarse como parte de la estrategia clandestina y de guerra sucia impulsada por el gobierno de turno, orientada a fines distintos a los de pacificación y seguridad nacional.

Precisamente, la sentencia dictada contra el expresidente Fujimori por los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta atribuidos al Grupo Colina hace referencia a una política antisubversiva expresada en dos líneas: una legal, aplicada a través de la línea de comando regular de las fuerzas armadas; y otra de inteligencia, ilegal, desde donde se condujo y ejecutó acciones operativas con fines ilícitos. En esta última se ubican los destacamentos liderados por el exasesor presidencial Vladimiro Montesinos<sup>7</sup>, como el Grupo Colina, engendrado en el SIN, no en el ejército (CE CVR, 2004, p. 451; Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 310)<sup>8</sup>.

Los hechos y la misma sentencia demuestran que la línea ilegal no produjo impactos en la estructura senderista; lo contrario corresponde a las acciones adoptadas en el marco de la ley, ya sea por la lucha de los comités de autodefensa en el interior del país, como por el trabajo de inteligencia en el marco de la estrategia aplicada según la doctrina militar aprobada a través del manual ME 41-7. Conforme se mencionó, este proceso se consolida a través de la dación de una serie de normas aprobadas, principalmente, luego del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992. Con todo, dichas normas, aunque inconstitucionales por involucrar la vulneración de diversos derechos y expresar deficiencias en los planos sustantivo penal, procesal y penitenciario, deben diferenciarse de aquellas normas aprobadas con fines ilícitos para asegurar

---

<sup>7</sup> Asesor del expresidente Fujimori en asuntos militares y de inteligencia desde antes que este asumiera la presidencia de la República. Al caer el régimen fujimorista, fugó a Venezuela días antes de que Fujimori lo hiciera a Japón. Tanto Fujimori como Montesinos han sido condenados por crímenes atribuidos al grupo de aniquilamiento «Colina», así como por diversos delitos de corrupción cometidos entre los años 1990 y 2000.

<sup>8</sup> La sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, del 7 de abril de 2009, recaída en el expediente AV 19-2001 (caso Fujimori), precisa, en el párrafo 244 de sus «Cuestiones de hecho», lo siguiente: «¿Está probado que el acusado Alberto Fujimori Fujimori, estructuró y ejecutó una estrategia político-militar paralela a la que pregona públicamente cuyo objetivo era la eliminación de los terroristas, decisión que se articulaba por medio de su asesor Montesinos Torres y del aparato de poder organizado que formó? Si lo está».

la impunidad y permanencia indefinida del régimen de turno, como lo fueron, entre otras, las leyes de amnistía promulgadas por Fujimori en 1995<sup>9</sup>.

### 2.1.3. El sistema de justicia

Tanto el informe final de la CVR como el libro *En honor a la verdad* del ejército peruano asumen una posición crítica respecto del sistema de justicia, así como de los resquicios legales de la legislación antiterrorista de aquellos años y del aprovechamiento que de ellos hacían los abogados defensores de procesados por terrorismo. Degregori es ilustrativo a describir esta situación (cfr. Pease, 1995, p. 294):

En 1992 Sendero Luminoso intensificó su ofensiva sobre Lima, multiplicando los asesinatos de dirigentes barriales y populares. En medio de esa ofensiva, el Poder Judicial volvió a exhibir su miseria: semanas antes del golpe estalló el escándalo de centenares de presos senderistas liberados por magistrados corruptos o temerosos, aprovechando diversos resquicios legales (Degregori, 2012, p. 39).

A este episodio se suman otros antecedentes que daban cuenta de la necesidad urgente de incorporar la acción de la justicia dentro del esquema estratégico de lucha contra la subversión que se venía aplicando desde el año 1989. Por ejemplo, se hace referencia a los mecanismos de espanto que doblegaban la voluntad de jueces y fiscales, quienes, luego de un arduo trabajo a nivel policial y militar para capturar elementos terroristas, los liberaban; esto, al ser de conocimiento de la opinión pública, daba como consecuencia mayores exigencias de «mano dura» y endurecimiento de la legislación antiterrorista (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, pp. 163 y 164). En la misma

---

<sup>9</sup> Se trata de las leyes de amnistía 26749 y 26492, aprobadas en junio de 1995, a través de las cuales se intentó librar de toda responsabilidad a los responsables de las matanzas de Barrios Altos y La Cantuta, entre otras atribuidas al grupo militar denominado «Colina».

línea, Armando Zapata se refiere al amedrentamiento de jueces y fiscales por parte del aparato militar subversivo, lo que generó un sistema judicial poroso que liberaba acusados por terrorismo, siendo la prensa y la opinión pública los primeros interesados en exigir una nueva legislación (Zapata, 2017, p. 211). A todo esto se suma el informe final de la CVR, documento que incorpora referencias explícitas sobre el Poder Judicial y la imagen de «ineficiente coladera» que proyectaba en aquellos años (CE CVR, 2004, p. 456).

Estos problemas se remontan al inicio de la guerra, siendo que la justicia terminaba sucumbiendo frente a los vacíos de la legislación de la materia. Datos representativos de este problema datan de 1984 cuando las cifras señalaban que, de 3500 investigados por terrorismo, solo 300 fueron procesados y únicamente 15 llegaron a ser sentenciados. Más escandalosa resulta la doble absolución de la líder senderista Laura Zambrano Padilla (alias «Meche»), en 1984 y 1988, quien años después fue capturada conjuntamente con Abimael Guzmán Reinoso en la denominada «captura del siglo» a cargo del GEIN (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 306). Similar indignación causaba la liberación de quienes fueron luego identificados como altos mandos o militantes de Sendero Luminoso: Deodato Suarez Cruzatt, Edmundo Cox, Margie Clavo Peralta, Víctor Zavala Cataño y Sybila Arredondo, quien fuera esposa del reconocido escritor José María Arguedas. A fines de 1988, la propia embajada de Estados Unidos reportaba los obstáculos para condenar a delincuentes terroristas, lo que terminaba generando abusos por parte de miembros de la PNP y las fuerzas armadas, quienes terminaban aplicando la justicia con sus propias manos (IDEHPUCP, 2009, pp. 60 y 61).

Entonces, parafraseando lo expresado en el texto *En honor a la verdad*, se trataba de un bien montado aparato legal a favor de las personas investigadas y procesadas por actos de terrorismo, además del uso de la coerción, terror y de asesinatos selectivos para atemorizar a los jueces, fiscales o cualquier elemento del aparato judicial que se interponga

a sus intenciones. El mismo libro del ejército peruano refiere que programas periodísticos como Panorama e incluso del diario *El Comercio* estaban en esa misma línea e incluso se expresaban a favor de la justicia militar (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 167). En esa misma línea, desde la perspectiva de la CVR, la imagen de ineficiencia del Poder Judicial terminó teniendo efectos perversos y sirvió como justificación para que el régimen fujimorista implante sus políticas de «mano dura» contra la subversión (CVR, 2003, p. 261). Esta situación, en el contexto de violencia y lucha antiterrorista, derivó en una nueva legislación.

#### 2.1.4. Legislación antiterrorista y factor político

Para el año 1991 y en realidad desde la toma de mando en julio de 1990, el nuevo gobierno priorizó la atención de los dos principales problemas del país: el económico y el de seguridad a causa de la violencia terrorista, y solicitó la delegación de facultades al Congreso para legislar sobre ambas materias. El Congreso cedió y el gobierno tuvo la oportunidad de aprobar numerosos decretos legislativos en el plano económico; en noviembre de 1991, hizo lo propio en materia de seguridad nacional (CE CVR, 2004, p. 313).

En este punto, debe mencionarse que dos normas resultan ilustrativas de lo que ocurría o se empezaba a gestar en aquella oportunidad: por un lado, el gobierno aprobó el decreto legislativo 743, de creación del Sistema de Defensa Nacional, considerado como clave para la lucha contra el terror por comprometer al Poder Ejecutivo en la conducción de la guerra interna (Zapata, 2017, p. 211) y ser fundamental para la victoria final del Estado (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 164); por otro lado, el gobierno aprobó el decreto legislativo 746, que reguló y dotó de amplios poderes al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) y lo vinculó de manera directa con la presidencia de la República, a la vez que lo sustrajo de todo control por parte de las instituciones democráticas (CE CVR, 2004, p. 315).

Con esta norma, el SIN comenzaba a generar una línea anómala de comando dirigida a subordinar al propio ejército y con facultades como para planear y ejecutar sus propias operaciones (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 310). Esta última norma fue derogada por el Congreso de la República al ejercer el respectivo control posterior a su dación. Este episodio, entre otros que no son materia de desarrollo en el presente trabajo, motivó que meses después el gobierno anuncie el cierre del Congreso de la República, el 5 de abril de 1992. Los fines ilícitos del gobierno de facto estaban en marcha; en paralelo, fue dictada la nueva legislación antiterrorista (CE CVR, 2004, p. 314).

En el momento en que Fujimori anunció el autogolpe de Estado, el gobierno tenía una aprobación del 53%, luego esta aprobación subió al 81% (Zapata, 2017, p. 209). Frente al desprestigio de otros poderes del Estado —como el Poder Judicial y el propio Congreso— y la «necesidad de orden en un país en guerra», el gobierno apareció como alternativa para dar solución a estos problemas (Degregori, 2012, p. 39). Con la ruptura del orden democrático y con una oposición bloqueada, el gobierno de facto inició un proceso de reformas institucionales que le permitieron concentrar todos los poderes del Estado y crear las condiciones para perpetuarse en el poder.

En dicho marco, fueron aprobadas las siguientes normas de lucha antiterrorista, tal como las describe Luis Francia:

- Decreto ley 25475 (6 de junio de 1992) que tipificó los delitos de terrorismo y estableció procedimientos de investigación, instrucción y juzgamiento.
- Decreto ley 25659 (13 de agosto de 1992) que tipificó el delito de «traición a la patria».
- Decreto ley 25708 (10 de setiembre de 1992) que señaló el procedimiento para los juicios por el delito de traición a la patria.
- Decreto ley 25728 (18 de setiembre de 1992) que permitió que un procesado pudiera ser sentenciado en ausencia.

- Decreto ley 25744 (27 de setiembre de 1992) que estableció las normas que se aplicarían en la investigación, juzgamiento y ejecución de la pena del delito de traición a la patria.
- Decreto ley 25880 (26 de noviembre de 1992) que tipificó como delito de traición a la patria la conducta del docente que valiéndose de su condición influye realizando apología del terrorismo (Francia, 2006, p. 135).

Estas normas de carácter penal, procesal penal y de ejecución penal, aplicables para la investigación, procesamiento, condena y cumplimiento de penas privativas de libertad en el ámbito de la lucha antiterrorista, fueron complementarias al decreto ley 25499<sup>10</sup>, instrumento principal para facilitar la captura y delación de elementos terroristas, así como para desarticular tanto a Sendero Luminoso como al MRTA. El diseño, más allá de su inconstitucionalidad y la vulneración de derechos, respondía a la necesidad de derrotar a los grupos terroristas y terminar con la guerra interna en el corto plazo. No se optó por una restricción progresiva de derechos ni criterios de ensayo o aprendizaje en fase de ejecución; por el contrario, la aplicación de las normas se hizo de inmediato y en función del objetivo político y militar trazado por el gobierno de turno.

### **2.1.5. Impacto**

Antes de la aprobación de la nueva legislación antiterrorista, la lucha contra el terror había sido organizada según la doctrina militar contenida en el manual ME 41-7, que optaba por la consolidación de los comités de autodefensa, así como el afinamiento de las labores de inteligencia.

---

<sup>10</sup> El decreto ley 25499 (más conocida como «ley de arrepentimiento»), que establece «los términos dentro de los cuales se concederán los beneficios de reducción, exención, remisión o atenuación de la pena, a incursores en la comisión de delitos de terrorismo», crea el marco de beneficios para quienes abandonan la organización y actividad terrorista y contribuyen con entrega de información.

Sobre esa base, se construyó el marco normativo en materia antiterrorista luego del 5 de abril de 1992.

Así, a la expulsión de las huestes senderistas del campo y las sucesivas capturas de los líderes de Sendero Luminoso y del MRTA, se sumó la entrega masiva de más de 5000 exmilitantes terroristas entre los años 1993 y 1994, en el marco de la ley de arrepentimiento (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 166). Como se menciona líneas arriba, la lucha contra el terror no terminó con la captura de Abimael Guzmán Reynoso, de lo cual dan cuenta las casi 2800 y las más de 1000 acciones terroristas de Sendero Luminoso registradas los años 1993 y 1994, respectivamente. La intensidad de estos atentados comenzó a disminuir en 1995, año en que el número de acciones senderistas (523) fue similar al registrado en 1980 (465); a partir de allí, la reducción de acciones ha sido constante pese a la existencia de remanentes aún en actividad (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 271).

Desde la perspectiva de los actores armados, resulta determinante la opinión de Elena Iparraguirre respecto de las normas aprobadas en ese contexto, según la cual la ley de arrepentimiento resultó fundamental para la derrota de Sendero Luminoso (Zapata, 2017, p. 213). Este parecer concuerda con la versión oficial del ejército que reconoce dicha ley como fundamental para provocar el desmoronamiento de las organizaciones terroristas (Zapata, 2017, p. 242).

A diferencia de los indicadores registrados a inicios del conflicto donde el número de condenados resultaba reducido, aquel de condenados por delitos de terrorismo y traición a la patria en el marco de la legislación de emergencia entre los años 1992 y 1994 fue de 2432 personas, de los cuales 944 fueron por traición a la patria (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, p. 167). No obstante, el sistema de juzgamiento creado para tal fin generó numerosos excesos, así como múltiples violaciones a los derechos humanos conforme concluyó la CVR en su informe final (CE CVR, 2003, p. 457).

Según la estrategia planteada por el gobierno, el objetivo militar y político había sido cumplido, pero ello generó enormes costos sociales. Junto con la captura y condena de senderistas y emerretistas, cientos de inocentes fueron sindicados y condenados a purgar injusta pena.

#### 2.1.6. Medidas correctivas

Cómo señala Luis Francia, los excesos y violaciones de derechos de la legislación de emergencia, así como el juzgamiento de los acusados por terrorismo, fueron reconocidos por el propio régimen como producto de la incidencia internacional, promovida por el movimiento de derechos humanos, e incluso merecieron fundados cuestionamientos ante la Corte IDH (caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú). Como respuesta a ello, el gobierno fujimorista creó la comisión *ad hoc* para liberar inocentes encarcelados; además, aprobó modificaciones parciales a las normas de emergencia para dotarlas de cierta flexibilidad.

En el primer caso, el gobierno indultó a 513 personas; de ellas, 481 fueron por mediación de la mencionada comisión. Si a ellas se suman 606 personas absueltas por el Poder Judicial, puede concluirse que, hasta diciembre de 1999, entre indultados y absueltos, fueron liberadas un total de 1087 personas. Como dato complementario, puede mencionarse que, durante los gobiernos de Valentín Paniagua y Alejandro Toledo, se dieron 163 y 75 indultos a favor de otros inocentes en prisión, respectivamente (IDEHPUCP, 2009, p. 115).

De otro lado, aunque no lograron revertir las críticas formuladas, algunas modificaciones normativas introdujeron mejoras en los ámbitos procesal y penitenciario:

- La ley 26248 (25 de noviembre de 1993) derogó la obligación de resolver las cuestiones previas, prejudiciales y las excepciones en el cuaderno principal y al momento de la sentencia. Así mismo, se derogaron el artículo 18 del decreto ley 25475 que prohibía a los abogados patrocinar a más de un procesado simultáneamente, el decreto ley 25728, que permitía la condena

en ausencia y el decreto ley 25659 que limitaba la interposición de hábeas corpus.

- La ley 26447 (21 de abril de 1995) derogó la limitación de la intervención del abogado a partir de la manifestación policial.
- La ley 26671 (12 de octubre de 1996) derogó la figura de fiscales y jueces «sin rostro» desde el 15 de octubre de 1997.
- La ley 27079 (29 de marzo de 1999) hizo posible el cambio de la orden de detención por la de comparecencia en el caso de los arrepentidos.
- El decreto supremo 005-97-JUS (25 de junio de 1997) estableció un «Reglamento del Régimen de Vida y Progresividad del Tratamiento para Internos Procesados y/o Sentenciados por delito de Terrorismo y/o Traición a la Patria», el cual desarrolló lo establecido en los decretos leyes 25475 y 25744. Dicho régimen de vida limitó sensiblemente derechos de los internos: la visita de familiares (se excluía a las amistades), el acceso al patio, la visita íntima, el trabajo y la educación. No obstante, durante el mismo régimen fujimorista se dictaron normas posteriores que flexibilizaron dichas disposiciones.
- La resolución de la Presidencia del Instituto Nacional Penitenciario 674-99-INPE, aprobó la directiva 001/99-INPE-OGT-OTE sobre las «normas para el ingreso de libros, revistas y/o periódicos a los establecimientos penitenciarios de la República», garantizando así el derecho de acceso a información (Francia, 2006, p. 138).

## 2.2. Desarrollo del caso

### 2.2.1. Los hechos del caso

A causa de los excesos y múltiples violaciones a los derechos humanos originados a partir de la legislación antiterrorista, el ciudadano Marcelino Tineo y más de 5000 personas plantearon ante el TC que se declare la inconstitucionalidad de la legislación antiterrorista aprobada

durante el régimen fujimorista, concretamente los decretos ley cuya descripción fue detallada anteriormente y que fueron las siguientes: 25475, 25659, 25708, 25728, 25744 y 25880.

### **2.2.2. Desarrollo de la sentencia**

El TC consideró que el origen de los decretos ley impugnados fue ilegítimo por tratarse de normas introducidas en el ordenamiento jurídico, en contravención a lo señalado por la Constitución de 1979, que estaba vigente al momento de consumarse el autogolpe del 5 de abril. Sin embargo, el TC precisó también que estas normas fueron convalidadas por la denominada «ley constitucional» del 9 de enero de 1993, la cual declaró la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979, dejando a salvo los decretos leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional los que mantienen su vigencia en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático (Congreso de la República, 1993).

Así, el TC precisó que la convalidación a la que fueron sometidas las normas en conflicto no implicó, de manera alguna, que se haya constitucionalizado su contenido. Por el contrario, tal convalidación debía interpretarse como el reconocimiento de existencia de las mismas dentro del ordenamiento jurídico vigente a la fecha de la dación de la citada ley constitucional (TC, 2003, f.j. 20).

Asimismo, el análisis de constitucionalidad que se planteó no tomó como base la Constitución Política de 1979 —vigente a la fecha de dación de los decretos ley—, sino la de 1993, norma que se encontraba vigente durante el planteamiento de la demanda de inconstitucionalidad. En ese sentido, lo que se examinó fue si los referidos decretos ley, tanto en el enunciado (texto) como en el contenido normativo (significado del texto), estuvieron en consonancia con la norma fundamental de 1993.

De esta manera, el TC determinó que la legislación de emergencia vulneró diversos principios constitucionales, así como derechos

fundamentales, y declaró en algunos casos la inconstitucionalidad de las normas, en otros interpretó su contenido y finalmente exhortó al Congreso de la República a que apruebe una nueva legislación sobre la materia. Entre los principios y derechos que el TC consideró vulnerados, están el principio de legalidad, el derecho al debido proceso y, como parte de este, los derechos de defensa, a ser juzgado en un plazo razonable, a la presunción de inocencia y al juez natural; además, el principio por el cual el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

#### Cuadro 4 Principios y derechos vulnerados

Vulneraciones al principio de legalidad
<p>El delito de traición a la patria, incorporado en el artículo 1 del decreto ley 25659, reproducía la tipificación del delito de terrorismo del artículo 2 del decreto ley 25475, lo que constituía una duplicidad en la tipificación del mismo acto. Por tanto, al ser inconstitucional la tipificación de aquel delito, recuperó eficacia la redacción original del artículo 325 del Código Penal de 1991, cuya vigencia fue suspendida por el decreto ley 25659 (TC, 2003, f.j. 41).</p> <p>Sobre la tipificación del delito de terrorismo (tipo básico) del artículo 2 del decreto ley 25475, precisó que su carácter abstracto y general no constituía una violación a la norma constitucional (TC, 2003, f.j. 54) y que la referencia al que «realiza actos» siempre debe interpretarse no en relación a un acto cualquiera, sino a aquellos dirigidos intencionalmente (elemento subjetivo) a crear zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella (TC, 2003, f.j. 61). Otra interpretación haría que la norma sea inconstitucional.</p> <p>Sobre el delito de apología al terrorismo regulado en los artículos 7 del decreto ley 25475 y 1 del decreto ley 25880, el TC consideró que se trataba de una sobrecriminalización de la conducta en cuestión, toda vez que previamente esta se encontraba estipulada en el artículo 316 del Código Penal (TC, 2003, f.j. 88). Para el TC, las expresiones favorables con respecto a un acto terrorista podrán ser consideradas apología al terrorismo si: a) la exaltación se refiera a un acto terrorista ya perpetrado; b) si los autores tienen sentencia condenatoria firme; c) el medio usado sea idóneo para llegar a un número indeterminado de personas; y d) esta exaltación del terrorismo afecte la democracia (pluralidad, tolerancia y consenso).</p>

### Vulneraciones al derecho al debido proceso

Acerca del derecho al juez natural, el artículo 4 del decreto ley 25659 establecía que el Fuero Privativo Militar era el competente para el juzgamiento del delito de traición a la patria cuando la competencia para juzgar civiles correspondía a la jurisdicción común. Tal desvío de la jurisdicción natural constituía una contravención al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución de 1993 y el numeral 1 del artículo 8 de la CADH, por lo que debía declararse inconstitucional (TC, 2003, f.j. 99). De otro lado, conforme al artículo 173 de la Constitución de 1993 y dejando a salvo la competencia del fuero ordinario, lo único extensivo a civiles era la aplicación del Código de Justicia Militar en los supuestos de «traición a la patria y de terrorismo que la ley determina».

Sobre la presunción de inocencia, el literal a del artículo 13 del decreto ley 25475 (modificado por la ley 26248) establecía que el juez debía dictar el auto de apertura de instrucción con orden de detención dentro de las 24 horas que el detenido era puesto a su disposición, lo que suponía una afectación a la presunción de inocencia. Para el TC, la norma resultaba inconstitucional si se le interpretaba en un sentido estrictamente literal (TC, 2003, f.j. 146); sin embargo, aunque así lo señale literalmente la norma, tal decisión siempre dependía de la libre y fundamentada decisión de un juez.

Acerca del plazo razonable, para el delito de traición a la patria, el decreto ley 25708 disponía la aplicación del procedimiento sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el teatro de operaciones. En estos casos, el juez instructor debía emitir sentencia dentro de los diez días naturales. Se trataba de una afectación originada por la desviación del juez natural, que a su vez derivó en la vulneración de los derechos de defensa y debido proceso. En concreto, se afectaba garantías judiciales reconocidas por el numeral 1 del artículo 8 de la CADH<sup>11</sup>.

Sobre la incomunicación, se deja librada a la Policía Nacional la responsabilidad de comunicar al detenido hasta por el máximo plazo de ley, sin considerar que la autoridad competente para limitar este derecho era el juez penal, por lo que resultaba inconstitucional (TC, 2003, f.j. 172).

---

<sup>11</sup> El mencionado numeral 1 del artículo 8 de la CIDH sostiene que: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial».

<p><b>La cadena perpetua y la proporcionalidad de las penas</b></p> <p>Por tratarse de una sanción intemporal —es decir, sin final—, la pena de cadena perpetua afectaba los objetivos de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, propios del régimen penitenciario. Para el TC, la norma solo sería inconstitucional en tanto no tenga un plazo de culminación; por ello, exhortó a que el legislador modifique la normativa penal y fije un mecanismo adecuado de revisión dentro de un plazo determinado (2003, f.j. 190).</p>
<p><b>Beneficios penitenciarios e integridad personal</b></p> <p>Sobre los beneficios penitenciarios, afirma el TC que no concederlos a los condenados por terrorismo no significa una violación constitucional del derecho a la igualdad ante la ley, puesto que ello se justifica en atención a la gravedad del delito y a los bienes jurídicos de orden público que se pretenden proteger (2003, f.j. 211).</p> <p>Acerca del aislamiento celular, se declara inconstitucional el artículo 20 del decreto ley 25475 que disponía el aislamiento celular continuo (encierro completo sin contacto con otros prisioneros) de los condenados por delito de terrorismo. Este aislamiento es una medida irracional, desproporcionada y que contraviene el derecho al respeto de la integridad física, psíquica y moral de la persona, reconocido en el artículo 5 de la CADH (TC, 2003, f.j. 223).</p>
<p><b>Derecho a la nacionalidad</b></p> <p>La nacionalidad es un derecho reconocido en el inciso 21 del artículo 2 de la Constitución de 1993, donde se proscribe el despojo de ella. Por tanto, la sanción dispuesta en el artículo 7 del decreto ley 25475 para los nacionales incurso en el delito de apología del terrorismo cometido en el extranjero es inconstitucional.</p>

Fuente: TC, elaboración propia.

### 3. IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA

#### 3.1. Impacto en la legislación nacional

Por último, el TC declaró la inconstitucionalidad de aquellas normas respecto de las cuales no pudo encontrarse una interpretación acorde con el marco constitucional vigente. Así, fueron declarados inconstitucionales algunos artículos y frases específicas de estas, contenidas en los decretos ley 25475, 25659, 25708, 25744 y 25880.

En una etapa posterior a la sentencia expedida por el TC, la dación de una nueva legislación antiterrorista terminó de consolidar el proceso de reformas dictadas para revertir los efectos y manifiesta inconstitucionalidad de las leyes de emergencia. Ello ocurrió entre los meses de enero y febrero de 2003, en que fueron aprobadas las siguientes normas:

- Decreto legislativo 921 (18 de enero de 2003) que estableció un nuevo sistema de penas para los delitos de terrorismo, incluyendo un mecanismo de revisión de la sentencia de cadena perpetua al cumplirse los 35 años de pena privativa de la libertad.
- Decreto legislativo 922 (12 de febrero de 2003) que fijó los procedimientos para la declaración de nulidad de los procesos por traición a la patria ante la justicia militar, así como las normas que se aplicarían a los nuevos procesos de terrorismo.
- Decreto legislativo 924 (20 de febrero de 2003) que agregó un párrafo al artículo 316 del Código Penal, agravando la apología del delito cuando su objeto es el terrorismo<sup>12</sup>.
- Decreto legislativo 925 (20 de febrero de 2003) que reguló el mecanismo de colaboración eficaz.
- Decreto legislativo 926 (20 de febrero de 2003) que anuló los procesos seguidos ante jueces y fiscales con identidad secreta («jueces sin rostro») y la aplicación de la prohibición de recusación.
- Decreto legislativo 927 (20 de febrero de 2003) que estableció beneficios penitenciarios aplicables al delito de terrorismo (Francia, 2006, p. 143).

El TC reconoce que la sentencia en sí misma no anulaba los procesos judiciales donde se hubieren dictado condenas bajo el marco de la legislación declarada inconstitucional. Quedaba entonces, a discreción

---

<sup>12</sup> Por ley 30610 de junio de 2017, se retiró el delito de apología al terrorismo del artículo 316 del Código Penal y se incorporó como artículo 316-A, lo que mejoró la construcción del tipo penal.

de los interesados, la realización de un nuevo juicio bajo las estipulaciones y precisiones contenidas en la misma sentencia y cuando el legislador haya acogido las exhortaciones planteadas por el referido órgano constitucional. Una vez aprobado el nuevo marco legal en materia antiterrorista, las personas (hasta ese entonces) condenadas por los delitos de traición a la patria y terrorismo tuvieron la posibilidad de solicitar un nuevo juzgamiento o seguir cumpliendo las penas que les habían sido impuestas.

### 3.2. Transcendencia desde la perspectiva de la justicia transicional

En su momento, luego del autogolpe del 5 de abril de 1992, la aprobación de la legislación antiterrorista respondió a objetivos militares y políticos concretos que, desde la perspectiva estratégica de la lucha contra el terror, resultó funcional a los esfuerzos iniciados a partir de la aprobación del manual ME 41-7. Pese a sus enormes deficiencias y excesos, las leyes de emergencia —materia de la demanda de inconstitucionalidad propuesta por Tineo— no estuvieron dirigidas a facilitar la acción y la impunidad de grupos de aniquilamiento ni la continuidad del régimen de facto en el poder, como sí lo estuvieron aquellas leyes promovidas para satisfacer los intereses políticos del exasesor presidencial Vladimiro Montesinos. Las leyes de emergencia respondieron a las exigencias de la estrategia antiterrorista ejecutada por las fuerzas armadas desde 1989 (CE CVR, 2004, p. 314).

Si en algo conectó el éxito de la lucha antisubversiva con los fines ilícitos atribuidos a Fujimori, Montesinos y quienes se enquistaron en el gobierno hasta noviembre del año 2000, fue el discurso público creado por estos últimos alrededor de dicho éxito para mantener legitimidad entre la población y presentarse como la única salida frente a amenazas presentes o futuras a la seguridad nacional. La diferencia de fines y la clara distancia de la estrategia antiterrorista de las fuerzas armadas frente a las acciones de quienes obraron en función a intereses ilícitos son descritas en el texto *En honor a la verdad*. Al referirse a los méritos

del entonces nuevo marco legal y otras acciones emprendidas por el gobierno con respecto a la lucha antiterrorista, este texto señala:

Si estos hechos, por sí solos, hubiesen concluido con un proceso de pacificación que hubiera devuelto la tranquilidad al país, no habría duda en aplaudir los méritos de quienes fueron capaces de señalar el camino del éxito. Pero los apetitos personales, los intereses que iban más allá del probo cumplimiento de la función pública y la necesidad de acumular el poder desmedido, que puede surgir del mal uso del poder militar, corrompieron funciones y crearon una especie de mecanismo interior que solo sirvió para tratar de incrementar los réditos de algunos cuantos y obtener beneficios ilegales, buscando legitimarse ante la ciudadanía.

[...]

Entonces, desvirtuada la función militar, el mismo Servicio de Inteligencia Nacional comenzó a planear y ejecutar sus propias operaciones, incluso a espaldas del propio comando institucional o atribuyéndose triunfos en operaciones o capturas que ejecutaban comandantes independientemente, gracias a sus conocimientos locales. Un caso anómalo en la historia del mundo en que un servicio de inteligencia subordina a todo un ejército, pero no a merced de competencia profesional, sino de un uso irregular del poder (Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano, 2012, pp. 309 y 310).

Hecha esta diferencia, es importante no perder de vista las consecuencias de la implementación de la legislación de emergencia en la etapa posterior al conflicto, en especial los impactos de la sentencia dictada por el TC, la actualización de las normas antiterroristas y el inicio de nuevos juicios a personas condenadas por delitos de traición a la patria y terrorismo. En este escenario, quienes fueron vulnerados en sus derechos pudieron ser juzgados nuevamente en un marco de plena legalidad y respeto a las garantías del debido proceso, aun cuando la evidencia acumulada en su contra anticipaba el dictado de nuevas condenas, pero esta vez libradas de cualquier vicio de nulidad.

Ciertamente, estos nuevos procesos y condenas corrigen la ruta asumida en tiempos de la violencia con respecto a quienes fueron de nuevo procesados y condenados; pero, dada la diferencia de contextos, en ningún caso tales nuevos juzgamientos pueden usarse como modelo en relación a la situación que debió enfrentarse en el pasado. Ello no busca justificar la opción asumida cuando fueron emitidas las normas de emergencia —cuyos costos la CVR describe con precisión—, sino que remarca la diferencia existente entre ambos contextos: uno de guerra interna y otro de paz; uno en el que regía un gobierno de facto y otro de democracia plena; uno en el que no existía experiencia previa frente a una situación de conflicto armado y otro donde la experiencia constituye un punto extra frente a situaciones de similar naturaleza; uno donde las autoridades no viven amedrentadas frente al terror, sino en el que se muestran y conducen procesos con total libertad y seguridad; y uno donde el terror había intensificado sus acciones frente a otro donde yace derrotado.

No estamos, entonces, frente a un modelo que sea equiparable a un contexto pasado, sino más bien a un tipo de reparación frente al contexto presente; así, junto con el otorgamiento de indultos a favor de inocentes y las absoluciones dictadas a fines de los años noventa, el inicio de nuevos juicios, esta vez en un marco de plena legalidad, terminó complementando las acciones de reparación impulsadas desde el Estado a fin de resarcir las arbitrariedades del gobierno de facto. Quizá no sean las únicas y existan otras afectaciones que reparar; pero, en el marco de la sentencia del TC, el tipo de reparaciones a las que se ha hecho mención cumplen con dicha función.

Por otro lado, resulta pertinente señalar que la sentencia sigue la línea de lo afirmado por la Corte IDH. En sus opiniones consultivas OC-8/87 y OC-9/87, señaló que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 (protección judicial) y 7.6 (libertad personal) de la CADH no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma (suspensión de garantías), porque constituyen garantías

judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse (Corte IDH, 1987a, p. 13; y 1987b, p. 11). De esta forma, dicha corte concluye también que el debido proceso no se suspende en estados de excepción. Por último, debe advertirse que, en el año 2004, la misma corte, en su sentencia del caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, no imputó violación del debido proceso (Corte IDH, 2004, p. 113), debido a que el Estado peruano modificó, en el año 2003, el juzgamiento de los casos de terrorismo.

#### 4. CONCLUSIONES

La legislación antiterrorista respondió a objetivos militares y políticos concretos en el marco de la lucha antiterrorista durante los años de intensificación y declive de la guerra interna, entre 1989 y 2000. La legislación antiterrorista contribuyó de manera efectiva en la lucha contra el terror e impactó de modo decisivo en la desarticulación de las organizaciones terroristas que continuaron con sus acciones en contra del Estado y sus ciudadanos. En el caso de Sendero Luminoso, tales acciones siguieron pese a la captura de su líder Abimael Guzmán Reynoso.

La legislación antiterrorista fue elaborada en el marco de un gobierno de facto e implicó la vulneración de múltiples derechos fundamentales y garantías del debido proceso en perjuicio de miles de personas sindicadas o acusadas como terroristas. El gobierno fue plenamente consciente de la vulneración de derechos y excesos cometidos a causa de la implementación de la legislación antiterrorista, lo que motivó la aplicación de medidas correctivas, como el otorgamiento de indultos a personas inocentes o su absolución a través de la acción de los operadores de justicia. El mismo objetivo cumplió la aprobación de un paquete de normas que flexibilizaron aspectos puntuales en materia procesal y penitenciaria de la legislación vigente en aquel entonces.

Las medidas correctivas aplicadas por el gobierno no fueron suficientes, manteniéndose la vulneración de derechos constitucionales

como consecuencia de la legislación antiterrorista. En ese contexto, el impacto internacional del sistema interamericano (caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú) y el de los gobiernos democráticos que empezaron a cuestionar las consecuencias del régimen de facto, crearon el escenario propicio para la presentación de la demanda de inconstitucionalidad planteada por Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos.

Como producto de la sentencia y la actualización de la legislación antiterrorista, las personas condenadas por terrorismo o traición a la patria fueron nuevamente juzgadas con pleno respeto de sus derechos constitucionales y garantías del debido proceso. Ello constituye una forma de reparación con respecto a los derechos vulnerados a causa de la aplicación de la legislación de emergencia en los ámbitos penal, procesal penal y penitenciario.

La actuación de los operadores de justicia en el marco actual de legalidad no es equiparable ni puede constituir un modelo de simulada aplicación para los años de guerra interna en que fueron aprobadas las normas de emergencia. Las grandes diferencias entre ambos contextos —el pasado (de guerra) y el actual (de paz)— no permiten efectuar tal comparación. Sin embargo, a diferencia del escenario planteado en 1992, hoy existe una experiencia y lecciones aprendidas sobre las cuales se podría afrontar el problema sin los costos sociales e institucionales a los que hace referencia la CVR en la conclusión 130 de su informe final.

## BIBLIOGRAFÍA

CE CVR - Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (2004). *Hatun Willakuy*. Lima: CE CVR.

Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano (2012). *En honor a la verdad*. Lima: Comisión Permanente de Historia del Ejército Peruano.

Congreso de la República del Perú (1993). *Diario de los Debates* (transcripción de versión magnetofónica). Lima, 5 de enero. Recuperado de <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79Leyes/05-01-1993-Ley-Constitucional.pdf>.

- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987a). El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero.
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987b). Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre.
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre. Fondo, reparaciones y costas.
- CVR - Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). *Informe Final* (tomo III). Lima: CVR.
- Degregori, Carlos Iván (2012). *La década de la antipolítica: auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos*. Lima: IEP.
- Francia, Luis E. (2006). Los procesos penales contra las organizaciones terroristas. En: Lissa Magarrell y Leonardo Filippini (eds.), *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana* (pp. 133-183). Lima: International Center for Transitional Justice.
- IDEHPUCP - Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2009). *El sistema de justicia durante el proceso de violencia* (colección Cuadernos para la Memoria Histórica, 2). Lima: IDEHPUCP.
- Jiménez, Benedicto (2004). *Inicio, desarrollo y ocaso del terrorismo en el Perú*. Lima: Sanki.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2003). Expediente 010-2002-AI/TC, Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos, sentencia del 3 de enero. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>.
- Zapata, Antonio (2017). *La guerra senderista. Hablan los enemigos*. Lima: Taurus.

Fondo Editorial PUCP

## CASO ALBERTO FUJIMORI

### UN DIÁLOGO NECESARIO ENTRE EL SISTEMA DE JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PARA LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD<sup>1</sup>

Elizabeth Salmón

#### FICHA DEL CASO

2007	2009	2009	2016	2017
21 de setiembre	7 de abril	30 de diciembre	3 de mayo	24 de diciembre
Corte Suprema de Justicia de Chile autoriza la extradición de Fujimori por los casos La Cantuta, Barrios Altos, sótanos del Servicio de Inteligencia del Ejército y otros cinco delitos de corrupción.	Sala Penal Especial de la Corte Suprema condena a Alberto Fujimori por homicidio calificado, lesiones graves y secuestro agravado. Los casos de Barrios Altos y La Cantuta son calificados como crímenes de lesa humanidad.	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema desestima el recurso de nulidad presentado contra la sentencia de la Sala Penal Especial y confirma la condena.	TC rechaza el recurso de agravio constitucional presentado por Alberto Fujimori contra la sentencia que declara improcedente su segunda demanda de hábeas corpus.	Expresidente Pedro Pablo Kuczynski le concede a Fujimori el indulto y derecho de gracia por razones humanitarias por medio de la resolución suprema 281-2017-JUS.

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, la autora recibió los aportes de Félix Reátegui, además de los comentarios del equipo de investigadores.

## RESUMEN

El caso se refiere al recurso de agravio constitucional presentado por Alberto Fujimori, quien ostentó la presidencia del país desde el año 1990 hasta noviembre del año 2000, contra la resolución que declaró improcedente su hábeas corpus. El demandante solicitó la nulidad de las sentencias de la Sala Penal Especial y de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que confirma su condena de 25 años de pena privativa de libertad, la ejecución de un nuevo juicio oral y su inmediata libertad. Para ello, alegó que se habían vulnerado una serie de derechos en el marco del proceso judicial. Los argumentos se dirigieron a cuestionar que el juzgamiento había sido realizado por magistrados supremos provisionales, que los jueces San Martín y Prado Saldarriaga se encontraban parcializados durante el juicio y al momento de expedir la sentencia y que la solicitud de extradición no había previsto el juzgamiento por crímenes internacionales. El TC rechazó el petitorio al considerar que no se habían vulnerado los derechos al juez predeterminado por ley ni el derecho a ser juzgado por un juez imparcial. Siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, destacó la naturaleza declarativa de la calificación de los hechos de la matanza de Barrios Altos y La Cantuta como crímenes de lesa humanidad y concluyó que tampoco se habían vulnerado el derecho de defensa, el derecho a probar y el principio acusatorio.

### 1. INTRODUCCIÓN

El periodo de gobierno de Alberto Fujimori se caracterizó por la interrupción de la democracia y las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el marco del conflicto armado interno que el Perú mantuvo con Sendero Luminoso y el MRTA. Una de las manifestaciones de la estrategia clandestina emprendida por el régimen autoritario fue la creación del Grupo Colina, «un destacamento orgánico y funcional ubicado [...] en la estructura del Ejército que utilizaba

los recursos humanos y logísticos de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) y del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN)» (CVR, 2003).

Como parte de lucha contrasubversiva, ya desde el año 1988 se habían formado diversos grupos paramilitares como, por ejemplo, el «Comando Rodrigo Franco», que actuaba con el apoyo de la Dirección de Operaciones Especiales y del Delta 5 de la Dirección Contra el Terrorismo de la Policía. Al interior del aparato estatal, surgió el Grupo Colina, un destacamento militar integrado por oficiales y suboficiales en actividad que dependía directamente del SIN. Sus miembros fueron responsables de actos de violencia e intimidación contra miembros de la oposición, periodistas independientes y grupos de derechos humanos (Burt, 2009). Si bien sus acciones más conocidas son las matanzas de Barrios Altos del 3 de noviembre de 1991 y La Cantuta del 18 de julio de 1992, también fue responsable del asesinato de seis personas en el distrito de Pativilca, el 29 de enero de 1992.

El 5 de abril de 1992 marcó el inicio de un período autoritario y de ruptura de la institucionalidad democrática en el país. Como reseña Carlos Iván Degregori, el golpe de Estado, que contó con la aprobación de más del 70% de la población, consistió en la disolución del Congreso de la República y la intervención de los gobiernos regionales, el Poder Judicial, el Tribunal de Garantías Constitucionales existente entonces, la Contraloría General de la República y el Jurado Nacional de Elecciones (2012, pp. 38-39). Este hecho supuso la desestructuración del estado de derecho y tuvo como resultado la creación de una red de corrupción sistemática diseñada desde las altas esferas de poder; pero, sobre todo, la consolidación de un gobierno dictatorial contrario a los derechos humanos en un escenario caracterizado por la impunidad.

En el contexto de la transición peruana a la democracia, Fujimori fue juzgado por violación de los derechos humanos. En un momento histórico para la justicia peruana, la Sala Penal Especial lo condenó a 25 años de pena privativa de libertad por la comisión de delitos comunes

calificados como crímenes de lesa humanidad. El 30 de diciembre de 2009, se cerró el proceso judicial con la confirmación de la sentencia por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Meses después, el TC conoció el recurso de agravio constitucional interpuesto contra la resolución que denegó el segundo hábeas corpus presentado por la defensa de Fujimori. A pesar de que este recurso ha sido utilizado en ocasiones posteriores, esta fue la única vez que el TC pudo pronunciarse en última instancia.

En sede constitucional, se reafirmó la postura de la Corte Suprema sobre la calificación de crímenes de lesa humanidad de la matanza de Barrios Altos y La Cantuta, dándose un paso importante en la consolidación del estado de derecho y la lucha contra la impunidad de graves violaciones de derechos humanos. Esta sentencia consolida toda la actuación judicial previa, que había sido duramente cuestionada por la defensa de Fujimori y blinda de forma judicial cualquier intento válido de reabrir el caso. Es por ello que esta resolución constituye un caso potencial de aprendizaje, sobre todo por ser un ejemplo sólido y positivo del diálogo judicial que debe existir entre cortes nacionales e internacionales<sup>2</sup>. A pesar de la firmeza de estas decisiones, en diciembre de 2017, el expresidente Pedro Pablo Kuczynski le concedió el «indulto y derecho de gracia por razones humanitarias» a Fujimori. Esta decisión no modifica la realidad jurídica que se discute en el presente texto.

Este informe comienza con una presentación del contexto social y político en el que se dictó el fallo del TC, teniendo como período histórico de referencia los años del régimen fujimorista y, principalmente, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Más adelante, se explican los hechos del caso y los aspectos principales analizados por el TC.

---

<sup>2</sup> El diálogo judicial se refiere a la interacción entre órganos jurisdiccionales a partir del intercambio de argumentos y la utilización recíproca de sus estándares jurisprudenciales. Este proceso es vertical cuando se da entre tribunales nacionales e internacionales y horizontal cuando involucra solo a tribunales de un mismo nivel, ya sean nacionales o internacionales.

Una sección posterior tiene como objetivo examinar el impacto jurídico de los procesos, tanto penales como constitucional, en los que se ha visto involucrado el expresidente Fujimori. De esta manera, se ofrece elementos para la comprensión del rol de los tribunales internos en los procesos de transición y se abordan los temas de mayor interés para el derecho internacional. Por último, se presentan las conclusiones del análisis.

## **2. DESARROLLO DEL CASO**

### **2.1. Contexto sociopolítico**

Con el golpe de Estado de 1992, se estableció el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional y Fujimori comenzó a gobernar a través de decretos ley. En un intento por debilitar el funcionamiento del Poder Judicial, se emitieron los decretos ley 25423 del 8 de abril de 1992 y 25446 del 23 de abril de 1992, por los cuales se destituyó a 13 magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a 89 jueces en todo el país.

El 21 de agosto de 1992, el gobierno convocó a elecciones para instalar una asamblea constituyente, a la que se denominó Congreso Constituyente Democrático, por medio del decreto ley 25684. Los partidos de oposición se presentaron, pero no pudieron formar una coalición sólida que le hiciera frente a los candidatos de la propuesta oficialista, Cambio 90-Nueva Mayoría. Algunos de los partidos más representativos, como el Partido Aprista Peruano y Acción Popular, decidieron no participar. En este contexto de dispersión política, la agrupación oficialista obtuvo el 49% de los votos.

A partir de ese momento, un Congreso de mayoría fujimorista promulgó diferentes dispositivos legales que lograron aumentar el poder del Ejecutivo y disminuir la autoridad judicial. En el marco de un endurecimiento de la estrategia antisubversiva, se adoptaron disposiciones que restringían el derecho al debido proceso y se ampliaron las facultades de actuación de los agentes estatales.

El gobierno se propuso asegurar la impunidad de los graves crímenes cometidos, promulgando una ley de amnistía<sup>3</sup> a favor de los militares y policías que habían cometido delitos durante el conflicto armado. Otro ejemplo más del exceso de facultades gubernamentales concedidas a Fujimori fue la promulgación de la ley 26657 (del 23 de agosto de 1996) que, al utilizar la figura de la «interpretación auténtica», realizaba una interpretación de la Constitución vigente con el fin de permitir a Fujimori presentarse a las elecciones presidenciales para un tercer mandato.

Las nuevas elecciones presidenciales se realizaron el 9 de abril del año 2000. Un mes antes, un trabajo de investigación periodístico del diario *El Comercio* denunció la falsificación de un millón de firmas para lograr la inscripción ante el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) de uno de los grupos que integraban la alianza oficialista Perú 2000, que postulaba la candidatura de Fujimori a la presidencia. A pesar de ello, en la primera vuelta electoral, Fujimori consiguió el primer lugar, seguido del candidato opositor Alejandro Toledo. La Organización de Estados Americanos (OEA) y la Defensoría del Pueblo recomendaron postergar la segunda vuelta electoral (fijada para el 28 de mayo) hasta el 18 de junio, después de detectar severas irregularidades durante los comicios electorales. Alejandro Toledo solicitó formalmente un aplazamiento ante el JNE sin mayor éxito, por lo que comunicó su decisión de abstenerse de participar en el proceso. La OEA retiró su misión de observación electoral al no poder asegurar la celebración de elecciones libres y justas; otras organizaciones, como Transparencia, también retiraron sus delegaciones del país. Como candidato único y entre fuertes sospechas de fraude electoral, Fujimori fue elegido presidente con más del 75% de los votos.

Una vez que Fujimori instaló su tercer período de gobierno, las denuncias de un posible fraude en la elección presidencial continuaron.

---

<sup>3</sup> Ley 26479, «Conceden amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos», publicada el 15 de junio de 1995.

A ello se sumaron otras denuncias de actos de corrupción a partir de la difusión del video Kouri-Montesinos<sup>4</sup>. En ese contexto, Fujimori viajó a Brunei para asistir a la Cumbre del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico. Desde Japón, el 19 de noviembre de 2000, envió un fax en el que renunciaba a la presidencia de la República. Este hecho generó un enorme descontento en las autoridades peruanas, los partidos políticos y la sociedad civil. Por su parte, el Congreso de la República, cuyo presidente en ese entonces era Valentín Paniagua, inhabilitó a Fujimori para ocupar cargos públicos por «incapacidad moral» (*El Comercio*, 2012). La caída del régimen abrió paso a un proceso de transición a la democracia que supuso la creación de la CVR y una reestructuración de las instituciones estatales.

Por su parte, Fujimori se trasladó a Japón donde residió aproximadamente cinco años. En ese tiempo, las autoridades peruanas armaron dos cuadernillos de extradición sin obtener mayores resultados. De forma inesperada y burlando la orden de captura internacional de la Interpol, Fujimori arribó a Santiago de Chile el 6 de noviembre de 2005.

El 3 de enero de 2006, el Estado peruano solicitó formalmente a Chile su extradición por la comisión de los delitos de homicidio calificado, lesiones corporales y secuestro agravado como parte de un paquete de doce casos que también incluyó delitos de corrupción<sup>5</sup>. En vista de esta solicitud, el juez de la Corte Suprema chilena, Orlando Álvarez, le negó la libertad provisional y, una vez formalizada la solicitud de extradición, se ordenó su detención indefinida a partir del 6 de enero de 2006.

---

<sup>4</sup> El 14 de setiembre del año 2000, el primer «vladivideo» que mostraba a Vladimiro Montesinos, asesor del presidente Alberto Fujimori, entregando 15 mil dólares al congresista Alberto Kouri con el propósito que dejara la oposición y se sumara al partido de gobierno, que fue difundido por Fernando Olivera y Luis Iberico.

<sup>5</sup> El Estado peruano entregó doce cuadernillos de extradición relacionados con los siguientes casos: «Allanamiento», «Pago Sunat-Borobio», «Interceptación telefónica», «Pagos a Héctor Faisal (Aprodev)», «Tractores chinos - «Medios de comunicación», «Medicinas chinas», «15 millones», «Congresistas tránsfugas», «Desviación de fondos», «Sótanos SIE», «Barios Altos-La Cantuta» y «Decretos de urgencia».

El 18 de mayo de 2006 fue decretada la libertad provisional de Fujimori. De esta manera, quedó sujeto únicamente a la medida de arraigo, la cual le impidió abandonar el territorio chileno. En el año 2007, la fiscal Mónica Maldonado recomendó la extradición del expresidente a Perú por diez de los doce casos solicitados, aunque rechazó alguno de los delitos imputados. Su informe concluía que la solicitud de extradición debía proceder por dos casos sobre violaciones de derechos humanos y ocho sobre actos de corrupción.

Días después, el 11 de julio de 2007, el magistrado Álvarez rechazó la solicitud de extradición. Ante esta decisión, el Estado peruano apeló el fallo y la Corte Suprema, el 21 de setiembre de 2007, autorizó la extradición de Fujimori por los casos La Cantuta, Barrios Altos, sótanos del SIE y otros cinco delitos de corrupción (*El País*, 2007). Los primeros dos casos se refieren a ejecuciones extrajudiciales realizadas por el destacamento militar denominado Grupo Colina en 1991 y 1992, mientras que el tercer caso se refiere al secuestro del periodista Gustavo Gorriti y del empresario Samuel Dyer en 1992, quienes fueron detenidos y trasladados a las instalaciones del SIE. La extradición fue aprobada por unanimidad en los casos relativos a violaciones de derechos humanos; en los otros, en cambio, hubo opiniones divididas entre los jueces.

Los principales argumentos que presentó el tribunal fueron estos (Ramírez, 2011):

- a) Que el SIN dependía directamente de la presidencia de la República según la declaración de Nicolás Hermoza Ríos, entonces presidente del comando conjunto de las fuerzas armadas del Perú.
- b) Que hay indicios de que Fujimori concentraba los poderes del Estado.
- c) Que, sobre la base de esa concentración, se creó un grupo de aniquilamiento de personas sospechosas de subversión o de enemigos ideológicos del régimen, denominado «Grupo Colina».

- d) Que existía una cadena de mando entre Fujimori, Montesinos y el Grupo Colina, esquema bajo el cual el exgobernante ejercería la autoría mediata.

Cabe destacar que el juzgamiento a Fujimori en el Perú fuera posible luego de que la Corte Suprema de Chile diera luz verde a la solicitud (Salmón, 2014). En este sentido, la voluntad política, la estrategia de extradición, el abundante material probatorio, la presión internacional impulsada por el Ministerio de Relaciones Exteriores peruano y la cooperación interestatal fueron claves en este caso; pero, además, la extradición fue posible gracias al activo papel de la Corte IDH.

En efecto, en la sentencia del caso *La Cantuta vs. Perú*, la Corte IDH indicó que «la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos». Asimismo, afirmó que existían obligaciones *erga omnes* derivadas del acceso a la justicia que no solo implican la obligación positiva de investigar, juzgar y sancionar del Estado —en este caso, el Estado peruano—, sino también la obligación de terceros Estados de colaborar con el Perú para impedir la impunidad de estos hechos (Corte IDH, 2006b, párr. 160, p. 85). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado que «los mecanismos de cooperación entre Estados deben garantizar los derechos de las víctimas a la obtención de verdad, justicia y reparación» (CIDH, 2014, párr. 173, p. 84). Además, la decisión de Chile de extraditar a Fujimori se dio cuando Estados Unidos envió información desclasificada que sirvió para el juicio y condena del expresidente.

La extradición implicó un primer paso en la lucha contra la impunidad y supuso una serie de esfuerzos por parte de las autoridades peruanas (Méndez, 2011). De esta manera, la solicitud de extradición permitió corroborar la tendencia a entender, en el marco de la sociedad internacional, que un expresidente no quedaba «blindado» (más allá del alcance de la justicia de su país o del país en que hubiere cometido un delito)

por el hecho de hallarse fuera del territorio y de la autoridad del Estado que le pretende juzgar (Salmón, 2014). Una vez extraditado Fujimori, se dio inicio al conocido «megajuicio».

En aplicación del marco jurídico vigente<sup>6</sup>, para el juzgamiento de Fujimori, se instituyó la Sala Penal Especial de la Corte Suprema<sup>7</sup>, que estuvo integrada por los vocales César San Martín Castro (presidente), Víctor Prado Saldarriaga y Hugo Príncipe Trujillo. Dicha sala tuvo a su cargo, con dedicación exclusiva<sup>8</sup>, el juzgamiento del expresidente; es decir, tanto la constitución de dicha sala como la designación de sus integrantes se encontraban establecidas en la Constitución y las leyes pertinentes. La sala tuvo a su cargo seis causas que fueron acumuladas en tres ejes temáticos: casos La Cantuta, Barrios Altos y sótanos del SIE; caso de interceptación telefónica, medios de comunicación y congresistas trásfugas; y caso de los 15 millones de nuevos soles por pago de compensación por tiempo de servicios a Vladimiro Montesinos (Salmón, 2014).

En su sentencia del 7 de abril de 2009, la Sala Penal Especial encontró a Alberto Fujimori culpable de la comisión de delitos comunes (homicidio calificado, lesiones graves y secuestro agravado) en calidad de autor mediato por dominio de la organización. Además, señaló que los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta calificaban como crímenes de lesa humanidad en la actualidad. Esto nos lleva a aclarar que la Sala Penal Especial no condenó a Fujimori por delitos

---

<sup>6</sup> Artículo 34.4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 17 del Código de Procedimientos Penales y artículo 100 de la Constitución Política del Perú.

<sup>7</sup> Este órgano de jurisdicción fue constituido en virtud de la resolución administrativa 004-2007-SSP-CS/PJ del 13 de junio de 2007, dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

<sup>8</sup> Cabe mencionar que, debido a la complejidad y trascendencia de los cargos imputados, los integrantes de la Sala Penal Especial solicitaron al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial que se les asigne con dedicación exclusiva hasta la culminación del proceso en primera instancia.

de lesa humanidad en estos casos, sino que tomó en cuenta dicha calificación para efectos de medir la pena máxima imponible y para permitir la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el derecho penal internacional, como son: perseguibilidad internacional, improcedencia de la prescripción y necesidad imperativa de su castigo (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2009a, párr. 711; ver también Montoya, 2011, pp. 113-133).

Después de la condena penal y hasta el día de hoy, la reacción de la defensa de Fujimori ha consistido en iniciar diversas acciones legales destinadas a revertir sus efectos (Salmón, 2014). Al entender de César Nakazaki, en aquel entonces el abogado defensor, el Poder Judicial tenía «una posición ideológica [de] generar la destrucción del fujimorismo a través de las condenas del presidente Fujimori, sobre todo en los temas de lucha contra la subversión» (*América Economía*, 2010). Sin embargo, del contenido de la sentencia no se desprende que el fin haya sido eliminar al fujimorismo como partido político; sino juzgar, en el marco del debido proceso, a un imputado —no a un partido— según los límites derivados de la sentencia de extradición de la Corte Suprema chilena (Salmón, 2014).

Una de las primeras medidas adoptadas consistió en la presentación de un recurso de nulidad ante la Primera Sala Penal Transitoria contra la condena impuesta por asesinato bajo la modalidad de alevosía, como circunstancia agravante del delito de homicidio calificado en Barrios Altos y La Cantuta; por lesiones graves en Barrios Altos; y por secuestro agravado, bajo la circunstancia agravante de trato cruel, en lo referente a los sótanos del SIE (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2009b, p. 11). El acusado mencionó que la sentencia recurrida vulneraba los principios de legalidad constitucional, legalidad penal, legalidad procesal y especialidad y, además, que el fallo vulneraba la presunción de inocencia y la defensa procesal. Cabe mencionar que, respecto de Barrios Altos y La Cantuta, el acusado afirmaba la vulneración del principio de legalidad penal al calificarse los hechos ocurridos

como delitos contra la humanidad (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2009b, p. 109).

El 30 de diciembre de 2009, los vocales supremos Duberlí Rodríguez, Julio Biaggi, Elvia Barrios, Roberto Barandiarán y José Neyra desestimaron el recurso y emitieron la sentencia confirmatoria que cerró definitivamente el proceso. Esto no ha evitado que los fujimoristas mantengan un discurso político que apunta a descalificar el proceso judicial y a los jueces encargados (Rivera & Quispe, 2011). Entre los múltiples argumentos utilizados, destacan el cuestionamiento de la consulta que realizó el juez San Martín a especialistas españoles en derecho penal para dilucidar el caso, mal informar con la supuesta interposición de recursos ante la Corte Suprema de Chile para que esta precise si la autorización de extradición de Fujimori contemplaba que fuera condenado por crímenes de lesa humanidad y medidas invocadas bajo el supuesto de su mal estado de salud como motivo para el indulto (Salmón, 2014).

De modo más específico, Nakazaki presentó, el 13 de mayo de 2009, una denuncia de recusación contra los miembros de la Sala Penal Transitoria cuestionando su imparcialidad, la cual fue finalmente declarada infundada el 26 de junio del mismo año. Poco tiempo después, el 5 de noviembre de 2009, se interpuso el primero de seis hábeas corpus. La defensa legal de Fujimori ha optado por este recurso también en el 2010, 2014, 2015 y hasta en dos oportunidades en 2017<sup>9</sup>.

Resulta especialmente relevante el hábeas corpus de 2014 que dio origen al recurso de agravio constitucional sobre el que trata el presente informe, desestimado por el propio TC en última instancia dos años más tarde. Al mismo tiempo que el desarrollo judicial del caso, la sociedad civil jugó un rol crucial al oponerse en reiteradas ocasiones a la

---

<sup>9</sup> En mayo de 2017, su hija Keiko Fujimori presentó un recurso de hábeas corpus que fue rechazado en doble instancia y, en octubre de ese mismo año, el abogado Abel Muñoz Sáenz presentó un nuevo recurso de hábeas corpus que fue admitido a trámite.

posibilidad de declarar la nulidad de la sentencia condenatoria. De este modo, el 20 de abril de 2016, fecha en la que el TC realizaba una audiencia para analizar el recurso, organizaciones como la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH), el Instituto de Defensa Legal (IDL) y la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) convocaron a una protesta en las afueras del TC. Respondieron a la convocatoria Tomas Livias, uno de los sobrevivientes de la matanza de Barrios Altos; familiares de víctimas; Ronald Gamarra, exprocurador anticorrupción, entre otros (*La República*, 2016).

## 2.2. Descripción del caso

### 2.2.1. Los hechos del caso

El 31 de octubre de 2014, Alberto Fujimori interpuso una demanda de hábeas corpus contra los jueces que integran la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia y los que conformaban la Primera Sala Penal Transitoria. En la demanda, se consignaban cuatro pretensiones:

- a) La nulidad de la sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema que condenó a Fujimori a 25 años de pena privativa de libertad.
- b) La nulidad de la sentencia emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que declaró no haber nulidad en el fallo previo.
- c) El inicio de un nuevo juicio oral.
- d) La libertad inmediata del expresidente por exceso en el plazo de detención.

La defensa de Alberto Fujimori señaló que se había vulnerado su derecho a la libertad personal en conexión con el derecho al debido proceso toda vez que se encontraba privado de su libertad en virtud de dos sentencias penales que, desde su punto de vista, vulneraron sus derechos.

En esta lógica, se fundamentó, en primer lugar, que se había violado el derecho al juez natural y el principio de legalidad penal, pues el enjuiciamiento del expresidente había sido encargado a magistrados supremos provisionales.

Un segundo argumento se construyó a partir de la afirmación de que las decisiones de los jueces César San Martín y Víctor Prado se habían visto influenciadas por factores externos al proceso, a partir de lo cual se había violado el derecho a la presunción de inocencia en conexión con el derecho a ser juzgado por un juez imparcial. En esa línea, se alegó que el primero de los jueces había buscado tomar represalias contra el acusado por su expulsión del Poder Judicial durante el gobierno fujimorista. Para ello, se utilizaron correos electrónicos, difundidos por el programa «Sin Medias Tintas», en los que San Martín mostraba su interés en consultar diversos aspectos del fallo con juristas españoles. En el caso de Prado Saldarriaga, se cuestionó su pertenencia a la Asociación de Jueces para la Justicia y la Democracia (JUSDEM), a la que se le calificó como antifujimorista.

Se cuestionó además la condena por crímenes de lesa humanidad teniendo en cuenta que el auto de apertura de instrucción, la acusación fiscal y el auto superior de enjuiciamiento no utilizaban dicha calificación de los hechos. Todo esto, alegaban, había resultado en una afectación del principio acusatorio, el derecho a la defensa y el derecho a probar. Adicionalmente, se agregó que la extradición no había sido concedida para el juzgamiento de estos crímenes y que la sentencia condenatoria no le había permitido acceder a beneficios penitenciarios como el indulto humanitario y el arresto domiciliario.

Por su parte, el procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial respondió a la demanda señalando que se había respetado el derecho al debido proceso del condenado. De manera más específica, destacó que la participación de magistrados supremos provisionales no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al juez natural y que la calificación de la matanza de

Barrios Altos y La Cantuta como crímenes de lesa humanidad había sido debatida durante el juicio oral.

En su sentencia del 2 de setiembre de 2015, el Cuadragésimo Tercer Juzgado Penal de Lima declaró infundada la demanda. Luego y en recurso de apelación, la Sala Superior revocó la decisión y la declaró improcedente en aplicación del inciso 1 del artículo 5<sup>10</sup> del Código Procesal Constitucional.

Por ello, la defensa de Alberto Fujimori interpuso un recurso de agravio constitucional<sup>11</sup> contra esta resolución de segundo grado que declaró la improcedencia. De este modo, la demanda de hábeas corpus llega al conocimiento del TC.

### 2.2.2. Desarrollo de la sentencia y resolución

Esta sentencia presenta tres aspectos principales que son, siguiendo en la medida de lo posible la lógica argumentativa del TC, los que abordaremos a continuación.

#### *Sobre el juzgamiento de Alberto Fujimori por magistrados supremos provisionales*

En este primer punto, el TC reafirmó que el derecho al juez predeterminado por ley es una manifestación del derecho al debido proceso. Para ello, se refirió a la disposición constitucional que señala que «ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley,

---

<sup>10</sup> «Artículo 5. Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado [...].»

<sup>11</sup> El artículo 18 del Código Procesal Constitucional detalla que: «Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.»

ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación» (artículo 139.3 de la Constitución).

De manera acertada, se remitió una jurisprudencia anterior (TC, 2003, f.j. 6) a fin de precisar la diferencia entre el derecho al juez natural y el derecho al juez predeterminado por ley. En este sentido, destacó que el primero se encuentra vinculado históricamente al juzgamiento de fueros personales en los que las personas debían ser juzgadas por quienes tuvieran su misma condición; y, por otro lado, el segundo supone que quienes se encargan de administrar justicia deben encontrarse habilitados por ley. Asimismo, el TC precisó que, pese a que «el demandante denunció la vulneración del derecho al juez natural, e incluso del principio de legalidad procesal penal, en su manifestación al juez competente, los argumentos que expuso en su demanda cuestionan la garantía del juez predeterminado por ley» (TC, 2016, f.j. 5).

En consecuencia, en cuanto a este derecho, el TC advirtió que su contenido reside en que sean los jueces u órganos con potestad jurisdiccional quienes juzguen y que, a su vez, su jurisdicción y competencia hayan sido previamente determinadas por una ley orgánica. En opinión de los magistrados, esto implica determinar los tipos de órganos que cumplirán esta labor y el establecimiento de diferentes órdenes jurisdiccionales (TC, 2016, f.j. 6).

Ahora bien, el TC señaló que la competencia y conformación de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia para el caso concreto se estableció de conformidad con lo dispuesto en las ya citadas disposiciones de la Constitución, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de Procedimientos Penales. Respecto al cuestionamiento de la provisionalidad en el cargo de algunos vocales que conocieron la sentencia condenatoria y el recurso de nulidad presentado, se plantearon dos observaciones: a) el texto constitucional otorga potestad jurisdiccional a los jueces supremos sin hacer mayor

referencia a la necesidad de cumplir con una determinada condición particular; y b) la suposición de que los magistrados se encuentren influenciados por circunstancias o intereses externos al caso requiere ser debidamente probada (TC, 2016, f.j. 9).

Para fundamentar su posición, el TC se basó en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* del año 2008 de la Corte IDH en el que se reconoce que «la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables» (Corte IDH, 2008a, párr. 43). A partir de ello, consideró que esta condición «no constituye *per se* una afectación a las garantías de competencia, independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional respecto del justiciable, pues tal provisionalidad no equivale a su libre remoción» (TC, 2016, f.j. 10). Destacó, sin embargo, que esta condición no debería ser generalizada en los órganos de justicia.

El TC omitió tomar en consideración otras dos sentencias interamericanas que también han abordado el tema. La Corte IDH, en los casos *Reverón Trujillo* (2009, párr. 117) y *Chocrón Chocrón* (2011b, párr. 106), ambos contra Venezuela, reconoció que la inamovilidad de los jueces provisionales sí se encuentra estrechamente ligada a la garantía contra presiones externas. Esto debido a que, si los magistrados no tienen la seguridad de que permanecerán en sus cargos durante un período determinado, podrán ser vulnerables a las presiones de diversos sectores. Por ello, a fin de garantizar el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, se ha admitido la provisionalidad como una excepción de duración limitada (Corte IDH, 2009, párr. 107).

Además, cabe mencionar que la CIDH se pronunció sobre la provisionalidad de las y los operadores de justicia en uno de sus informes temáticos de 2013. La conclusión principal del documento fue que los Estados tienen la obligación de asegurar una regulación clara y precisa de la duración de los cargos provisionales. De esta manera, las y los operadores de justicia contarán con una estabilidad necesaria que les permita ser independientes y autónomos en sus labores y solo podrán

ser separados por faltas disciplinarias después de haber sido sometidos a un debido proceso (CIDH, 2013, párr. 96 y recomendación 8). La incorporación de estos estándares interamericanos le habría permitido al TC ser más enfático al concluir que la provisionalidad de jueces no debe ser una regla en el sistema judicial nacional.

En cualquier caso, los jueces provisionales no son en todos los casos más propensos a ceder a intereses particulares o a ser influidos por terceras personas, sino que es mandatorio probar la vulneración de las garantías del debido proceso en el caso particular.

*Sobre la supuesta parcialidad de los magistrados San Martín y Prado Saldarriaga*

En cuanto al derecho a ser juzgado por un juez imparcial, el TC señaló que, si bien no ha sido recogido expresamente en la Constitución, ello no impide que, a partir de la cuarta disposición final y transitoria<sup>12</sup>, se reconozca su condición de derecho fundamental (2016, f.j. 14). De este modo, se reafirmó que la comprensión e interpretación de los derechos y libertades fundamentales debe efectuarse teniendo como parámetro de referencia el derecho internacional de los derechos humanos y, específicamente, la declaración universal, los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales<sup>13</sup>.

Adicionalmente, el TC señaló que este derecho forma parte del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> «Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

<sup>13</sup> Ver, en detalle, el artículo V del Código Procesal Constitucional.

<sup>14</sup> «Artículo 139.3. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación».

Además, resulta importante la referencia que realiza al inciso 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>15</sup> y al inciso 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>16</sup>. Agregó que este derecho «asegura a toda persona sometida a un proceso judicial que no se verá perjudicada por la intromisión o injerencia de sujetos o circunstancias ajenas al caso» (2016, f.j. 18).

En el mismo sentido, se pronunció sobre la necesaria distinción entre un juez independiente y uno imparcial, al sostener que «la independencia judicial [...] asegura que el justiciable no sea juzgado por un juez contaminado sobre la base de influencias externas al proceso», mientras que la imparcialidad está asociada a «la necesidad de que se observe ciertas exigencias dentro del mismo proceso» (2016, f.j. 19). Al mismo tiempo, tomando en consideración un fallo previo (TC, 2006, f.j. 54-57), destacó que la dimensión subjetiva y objetiva del derecho a ser juzgado por un juez imparcial supone «no solo que el juez o el tribunal se encuentre en el plano subjetivo libre de cualquier prejuicio o compromiso personal, sino también que su organización

---

<sup>15</sup> «1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

<sup>16</sup> «1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores».

y funcionamiento se encuentren estructurados de tal forma que se excluya cualquier duda legítima al respecto» (2016, f.j. 23).

En el caso concreto, el TC observó que la pertenencia del magistrado Víctor Prado Saldarriaga a JUSDEM, una institución que agrupa jueces y magistrados con fines gremiales, constituye una manifestación del ejercicio de su derecho a la libertad de asociación (2016, f.j. 26). También advirtió que; en tanto este cuestionamiento no fue planteado de manera oportuna durante el proceso penal y «el habeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva» (artículo 4 del Código Procesal Constitucional), el argumento debía ser rechazado.

En relación con la presunta falta de imparcialidad del juez San Martín, el TC observó que no se contaba tampoco con una resolución judicial firme sobre la cual pronunciarse y notó que el informe grafotécnico de la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional del Perú deslizó la posibilidad de que los correos electrónicos mostrados como prueba pudieran haber sido manipulados manualmente (2016, f.j. 33). Incluso, tomó en cuenta que el resultado del procedimiento llevado ante el Consejo Nacional de la Magistratura había concluido la inverosimilitud de las comunicaciones (2016, f.j. 36). Por lo anterior, el TC manifestó que no había razones para señalar que los dos vocales supremos habían tenido concepciones previas sobre el caso y destacó que su decisión había sido dilucidada oportunamente en un colegiado de mayor jerarquía (2016, f.j. 38).

*Sobre la calificación de crímenes de lesa humanidad desde una mirada al derecho internacional*

Este es el tema más relevante de la sentencia. El TC reconoció que el principio acusatorio asegura la prohibición de no condenar a un procesado por hechos distintos a los que figuran en la acusación fiscal (2016, f.j. 43). Sin embargo, destaca, en primer lugar, que los hechos analizados en la resolución de la Corte Suprema de Chile y en la acusación

fiscal fueron los mismos que se consideraron en las sentencias de la Sala Penal Especial y de la Primera Sala Penal Transitoria que posteriormente determinaron la comisión de delitos de homicidio calificado, lesiones graves y secuestro agravado en los casos de los sótanos del SIE, Barrios Altos y La Cantuta. En esa línea, el TC estableció que no se había vulnerado ni el principio acusatorio ni el derecho de defensa de Fujimori (2016, f.j. 44).

Igualmente, el TC toma nota de que en la acusación fiscal se le imputó a Fujimori la comisión de los delitos mencionados en la modalidad de «autoría mediata por dominio de la organización»; es decir, que se sustentó la responsabilidad penal en el diseño y materialización de una política de Estado (2016, f.j. 46 y 47):

[...] luego de trazar y decidir la política de Estado de combatir la subversión usando los métodos de guerra de baja intensidad y eliminación de enemigos, tuvo el dominio de la organización, ya que en esta estructura de poder organizado, su orden —sin necesidad de recurrir a la coacción o inducir a error, por la predisposición de los ejecutores— iba irremediablemente a ser cumplida, sin que sea necesario que el procesado Alberto Fujimori, se reúna con los ejecutantes, o que se desarrolle un acuerdo común (Ministerio Público, 2007, p. 26).

Afirmó además que la imputación, el grado de responsabilidad y la valoración de las pruebas son objeciones que debían haber sido presentadas en la vía ordinaria, tal y como lo hizo la defensa de Fujimori (2016, f.j. 47). En cuanto al argumento de que se había vulnerado el principio acusatorio en tanto la acusación fiscal no comprendía la imputación por crímenes de lesa humanidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el TC afirmó adecuadamente que la pena impuesta por el delito de homicidio calificado fue establecida conforme al Código Penal vigente y no tomando en cuenta lo dispuesto en el tratado internacional (2016, f.j. 49).

Adicionalmente, el TC recordó que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa se ve afectado cuando en el marco de un proceso judicial «cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos» (TC, expediente 4275-2013-PHC/TC, f.j. 8; citado en TC, 2016, f.j. 51). Es decir que este derecho se encuentra vinculado con la posibilidad de presentar medios de prueba que contravengan la imputación realizada. De esta manera y dado que la condena se dio a partir de los cargos formulados por el Ministerio Público, el demandante sí tuvo la oportunidad de presentar argumentos y pruebas que le permitieran ejercer su derecho de defensa (TC, 2016, f.j. 52).

Sobre el cuestionamiento de la calificación de los delitos como crímenes de lesa humanidad, reafirmando lo establecido por la Primera Sala Penal Transitoria, el TC determinó que esta consideración no es un elemento constitutivo para la determinación de la responsabilidad penal, sino que tiene un carácter declarativo. En ese sentido, señaló que no había impedido que Fujimori se defendiera de los cargos, pues lo que sustentó su responsabilidad fue la situación especial de mando que ostentaba (2016, f.j. 53 y 55).

Al respecto, indicó además que la calificación de crímenes de lesa humanidad proviene del derecho penal internacional (artículo 7 del estatuto de la Corte Penal Internacional) y del derecho internacional de los derechos humanos (Corte IDH, 2006a), lo que no determinan el establecimiento de responsabilidad penal o la aplicación de una sanción distinta a las de los ordenamientos jurídicos nacionales. En esa línea, su utilización se relaciona con las obligaciones internacionales asumidas por el Perú y no con la imputación de delitos a nivel interno (TC, 2016, f.j. 57 y 58).

Debe advertirse que la calificación realizada de la Corte Suprema de Justicia y del TC se realiza sobre la base de normas jurídicas consuetudinarias o de *ius cogens* y, como se mencionó, no en virtud de normas

convencionales como las contempladas en el Estatuto de Roma. Esta calificación tiene como antecedentes a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España en el caso Scilingo, de la Corte Suprema de Argentina en el caso indultos y de la Corte Suprema de Chile en el caso Matías Nanco, todas ellas en sentencias del año 2007. En el referido caso Scilingo, el Tribunal Supremo de España aplicó las penas establecidas en su Código Penal vigente en el momento que ocurrieron los hechos<sup>17</sup>.

### **3. IMPACTO JURÍDICO DEL CASO FUJIMORI**

Fujimori no fue el primer exjefe de Estado sometido a tribunales de justicia por violación de derechos humanos. Lamentablemente, hay varios nombres que añadir a esa lista (Salmón, 2014)<sup>18</sup>. Por ejemplo, en marzo de 2010, el expresidente de Uruguay, Juan María Bordaberry, fue condenado a treinta años de prisión por atentado a la Constitución en el golpe de Estado de 1973, dos homicidios políticos y nueve desapariciones forzadas. Si bien había sido elegido presidente en las elecciones de 1971, en junio de 1973 dio un golpe de Estado que lo dejó al frente de un gobierno de facto apoyado por las fuerzas armadas.

Uno de los principales referentes en la materia es el juicio contra la junta militar argentina. El 9 de diciembre de 1985, se dictó sentencia contra los miembros de las tres primeras juntas militares —entre ellos, el expresidente Jorge Videla— por actos de terrorismo de Estado. En 1990, el entonces presidente Carlos Menem le otorgó un indulto, que luego la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional. Videla fue condenado por dos delitos de lesa humanidad en dos oportunidades por hechos ocurridos durante los años de la dictadura militar.

---

<sup>17</sup> Véase la sentencia 798/2007 del Tribunal Supremo de Sala de lo Penal de España, caso Scilingo (parte resolutive).

<sup>18</sup> Los nombres se remontan al de Luis XVI (1754-1793), pasando por el Kaiser Guillermo II (1859-1941) hasta Slobodan Milosevic (1941-2006) o Sadam Hussein (1937-2006). Para mayor información, ver Robertson, 2008.

Fue sentenciado, en 2010, por el fusilamiento de 31 presos políticos y, en 2012, por la práctica sistemática y generalizada de apropiación de menores, bajo un plan general de aniquilación, durante los años de la dictadura militar. Las sentencias se unificaron en una pena única de cadena perpetua.

Otro ejemplo es el conocido «Plan Cóndor», la operación transnacional que buscaba eliminar a los opositores políticos de los gobiernos del cono sur latinoamericano: el 17 de enero de 2017, fueron condenados el expresidente de facto argentino Reynaldo Bignone, en un Tribunal Nacional, y los expresidentes Luis García Meza (boliviano) y Francisco Morales Bermúdez (peruano) en el Tribunal Penal III de Roma<sup>19</sup>. Por su parte, un hito histórico para la justicia africana es el juicio de Hisséne Habré, presidente de la República de Chad del 7 de junio de 1982 al 1 de diciembre de 1990. El 27 de abril de 2017, las Cámaras Africanas Extraordinarias, creadas por la Unión Africana y Senegal, confirmaron su condena por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y tortura.

La particularidad de este caso es que Fujimori sí fue el primer jefe de Estado en ser juzgado habiendo sido elegido democráticamente y, además y lo más importante, es que el proceso se desarrolló ante los tribunales nacionales del Estado que gobernó. Estos dos elementos por sí solos revistieron de una importancia excepcional al juicio penal que se llevó a cabo en Lima del 10 de diciembre de 2007 al 7 de abril de 2009 y a los procesos constitucionales que le siguieron (Salmón, 2014).

De esta manera, abordaremos primero algunas coordenadas básicas de la justicia transicional para entender el rol de los tribunales internos en los procesos de transición. En segundo lugar, se analizarán los aspectos más destacados de la sentencia contra Fujimori que son de interés para el derecho internacional y donde se ha manifestado su influencia y relación intensa con el derecho interno.

---

<sup>19</sup> Entre los acusados, figuraba Jorge Videla, exdictador argentino, quién murió después de declarar en el juicio.

### **3.1. El rol de los tribunales internos en el proceso de transición peruano**

Se denomina «justicia transicional» al conjunto de mecanismos extraordinarios que se ponen en marcha en un período de transición política para responder a los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, así como para asegurar una paz estable y duradera. Estos mecanismos pueden ser judiciales y no judiciales, con diferentes niveles de participación internacional (incluso ninguna) y enjuiciamientos individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, entre otros<sup>20</sup>.

Asimismo, la justicia transicional y la lucha contra la impunidad se fundamentan en cuatro de los principios del derecho internacional de los derechos humanos:

- a) La obligación de investigar y procesar a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.
- b) El derecho a la verdad con el consecuente deber de memoria.
- c) El derecho de las víctimas a obtener reparación.
- d) La obligación del Estado de impedir, mediante la adopción de distintas medidas, que tales atrocidades vuelvan a producirse en el futuro (Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2014, p. 5).

En concreto, la Corte IDH ha señalado en diversos casos —como Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala y Tiu Tojín vs. Guatemala— que la impunidad es «la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables

---

<sup>20</sup> Puede verse el informe del secretario general al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, titulado «Estado de derecho y justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos», de agosto de 2004 (p. 4).

de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos» (1998, párr. 173; y 2008b, párr. 69).

Debe tomarse en cuenta que las transiciones constituyen procesos complejos en que los intereses de los diversos actores se encuentran contrapuestos y a veces son irreconciliables (Salmón, 2006, p. 5). Como respuesta a esto, varios Estados latinoamericanos emitieron las denominadas «leyes de autoamnistía» que fueron sinónimo de impunidad, o establecieron comisiones de la verdad que, si bien dilucidaron los hechos, no llegaron siempre a asegurar la consecución de justicia y reconciliación.

Uno de los principales dilemas de la justicia transicional en la práctica se refiere al proceso de funcionamiento de los organismos jurisdiccionales encargados de adjudicar responsabilidades penales. Se debate cuál es el lugar apropiado para hacer justicia.

De un lado, los tribunales internacionales pueden ser vistos como distantes y desconectados de los contextos locales y con pocas posibilidades de influir en la creación de un estado de derecho y, de otro, los tribunales nacionales normalmente carecen de las capacidades para llevar a cabo estos enjuiciamientos. En el Perú, este no fue el dilema. La inexistencia de una paz negociada y de una sociedad completamente destruida por el período de violencia hizo posible que no se presente el debate «paz versus Justicia», como sí ha ocurrido en otros procesos de transición, con lo cual nunca se planteó la necesidad de crear un sistema de justicia extraordinario. En efecto, el caso Fujimori permitió el reforzamiento de la justicia nacional peruana a partir de su actuación imparcial e impecable —extremo reconocido por sus observadores nacionales e internacionales— y hoy en día los hechos son conocidos y aceptados por la sociedad peruana como «verdad jurídica» (Salmón, 2014).

Los procesos judiciales han significado también arrojar una mirada con ojos críticos al pasado reciente del Perú que, de acuerdo con la CVR, «constituyó el episodio de violencia más intenso, más extenso

y más prolongado de toda la historia de la República» (2003). De allí que hayan sido también una forma de justicia transicional.

Ahora bien, aunque el caso Fujimori fue un hito importante para el sistema de justicia peruano, este dista de constituir una línea uniforme de aplicarla. Por el contrario, la judicialización de graves violaciones de derechos humanos es una tarea incompleta aún, especialmente la de aquellas cometidas por las fuerzas estatales. Algunas excepciones importantes han sido las sentencias de la Sala Penal Nacional, por las que se condenó a un coronel y tres suboficiales de la Policía Nacional por la desaparición forzada del estudiante universitario Ernesto Castillo Páez y a miembros del ejército por la desaparición forzada de tres autoridades ediles y un menor de edad en la localidad de Chuschi, así como por la masacre de Accomarca en la que fueron asesinadas 61 personas.

### **3.2. Apuntes sobre utilización del derecho internacional: entre el delito común y el crimen de lesa humanidad**

El derecho internacional ha jugado un papel fundamental en todo el juicio contra Fujimori y también en los recursos posteriores. No solo porque se juzgaban violaciones de derechos humanos, sino también por la conciencia de que se trataba de un caso clave para evitar la impunidad tan repudiada tanto en los ordenamientos jurídicos estatales como en el internacional.

Los aportes de la Sala Penal Especial y del TC en la determinación de los delitos cometidos por Alberto Fujimori —si delitos comunes, tipificados así en la fecha de los hechos, o uno de lesa humanidad, tal y como se califica en la actualidad a los mismos hechos— resulta ser uno de los aportes más importantes de este caso en el marco de la jurisprudencia comparada (Salmón, 2014). La afirmación de que los hechos se correspondían con la figura de crímenes de lesa humanidad se realizó sobre la base de la aplicación de diversa jurisprudencia y estándares internacionales, entre los que destaca el uso de las sentencias de la Corte Interamericana sobre los casos Barrios Altos y La Cantuta.

En el primer caso, la Corte Interamericana había establecido como medida de reparación el deber del Estado peruano de investigar los hechos para determinar a las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se refiere la sentencia (2011a, párr. 41); mientras que, en el segundo caso, se estableció, además de dicha medida, la implicación directa del expresidente en la comisión de graves violaciones de derechos humanos bajo su régimen (2006b, párr. 147).

Esto tendió un puente muy intenso entre la actividad judicial internacional y su utilización por parte del Tribunal Nacional. En efecto, la sala determinó que:

[...] a partir de lo expuesto resulta evidente que los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. Esta política, de un lado, fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos —efectivos de inteligencia militar (Destacamento Especial de Inteligencia Colina)— que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; y, de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2009b, párr. 717).

El proceso penal contra Fujimori tenía un doble papel: de un lado, cumplía, con una obligación internacional del Estado peruano de investigar, juzgar y sancionar; y, de otro, constituía una reparación a las víctimas, de conformidad con lo ordenado por la Corte IDH. Por tanto, consideramos que fue un acierto de la sala proceder de esta manera, no solo por lo controversial que hubiera resultado imputar a Fujimori delitos de lesa humanidad de manera retroactiva *malam parte*, sino también porque

nos parece una posición sólida y adecuada a derecho (Salmón, 2014). En efecto, las normas de naturaleza penal internacional no revisten de carácter autoejecutivo; sino que, por el contrario, requieren de implementación nacional.

Un punto de la mayor relevancia en el caso Fujimori fue la relación que tenían los pronunciamientos de la Corte IDH con los juicios penales sobre violaciones de derechos humanos que puedan llevarse a cabo en sede interna (Salmón, 2014). En el caso, el fiscal, los abogados de las víctimas y hasta la propia defensa de Fujimori citaron la jurisprudencia interamericana (Salmón, 2014).

El punto de encuentro se centra en la probanza de los hechos imputados y su relación con las sentencias de la Corte IDH en los casos Barrios Altos y La Cantuta que contenían una descripción de hechos probados que no podían ser eliminados del razonamiento de la sala penal. De esta manera, el cumplimiento de una sentencia supranacional implica que los tribunales nacionales tomen en consideración los hechos probados cuando dicha sentencia se haya emitido de manera previa al proceso penal. La sala se pronuncia sobre esto al señalar que:

[...] Sin embargo, más allá del valor intrínseco de los fallos de la Corte IDH en general y de las SSCIDH Barrios Altos y La Cantuta en particular, es de anotar que, sin perjuicio de los hechos declarados probados, la relevancia jurídico penal de aquellos, la aplicación e interpretación de las normas penales pertinentes y, en su caso, la individualización de la pena son de competencia exclusiva del Tribunal Penal. En ese mismo sentido ya se había pronunciado la Corte Interamericana en el caso de La Cantuta. En consecuencia, no puede descartarse sin más el valor y trascendencia de los fallos de la Corte IDH [...]. Las declaraciones jurídicas que contienen deben ser respetadas en lo que ello importe de afirmación e interpretación de los derechos convencionales y fundamentales o constitucionales de la persona. El proceso penal, así ordenado por ambos tribunales cuando amparan las pretensiones de protección convencional o constitucional, tiene un objeto propio y reglas

específicas, que no obstante ello no puede desconocer en su esencia lo que ha sido definido en sede internacional o constitucional, pero tampoco negar lo que otras evidencias puedan aportar ni las reglas de imputación del Derecho penal (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2009b, párr. 106).

A partir de ello, se reconoció la importancia de los fallos del sistema interamericano, pero correctamente afirmó la necesidad de realizar una evaluación penal de los mismos. Creemos que esta posición garantiza derechos elementales del acusado dado que lo contrario significaría trasladar, de manera automática, las conclusiones de una sentencia que tiene naturaleza de responsabilidad estatal internacional —y en la que el acusado no era parte ni podía ejercer derecho de defensa alguno— a una de naturaleza penal. Por todo lo anterior, puede afirmarse que el caso Fujimori da cuenta de la estrecha relación entre el derecho internacional y el derecho interno, en tanto que las sentencias de la Corte IDH no solo permiten el establecimiento de hechos probados, sino también la garantía del derecho judicial a la verdad, la justicia y la reparación. De esta forma, se trata de disciplinas del derecho que poseen lógicas superpuestas y complementarias.

Sin duda, el que en esa ocasión haya sido el propio TC el encargado de pronunciarse parece haber marcado la pauta de las próximas decisiones judiciales; pues, el 22 de mayo de 2017, el recurso presentado por su hija Keiko Fujimori también fue declarado improcedente por el 43 Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, el cual concluyó que no se había vulnerado derecho alguno del beneficiario respecto a los procesos que terminan con sentencias firmes en su contra. El 12 de julio de 2017, esta decisión fue confirmada por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> El 18 de octubre de 2017, se realizó la audiencia pública. El 20 de setiembre de 2018, el TC declaró improcedente la demanda de hábeas corpus al haberse producido la sustracción de la materia por la concesión del indulto y derecho de gracia a Alberto Fujimori.

El juicio penal y los sucesivos recursos legales presentados —específicamente los hábeas corpus— evidencian una batalla por la memoria en nuestro país. Siguiendo a Félix Reátegui, esta puede producirse entre un discurso que reivindica los actos delictivos cometidos y otro que los recrimina y condena; pero también podría presentarse cuando los responsables buscan dejar en suspenso la memoria para «dar vuelta a la página» y olvidar el pasado (2006, p. 12). En el caso de Fujimori, tenemos a militantes activos y simpatizantes del fujimorismo, quienes consideran que el expresidente no es responsable de los delitos por los que fue condenado y a aquellos que privilegian la aplicación de la ley por encima de su propia opinión política. Aún para un sector importante de líderes de opinión y de medios de comunicación, Fujimori es inocente y, aunque no siéndolo, tiene la licencia de haber sido un «gran presidente». En el año 2010, una encuesta de Apoyo mostraba que un 61% de la población consideraba que Fujimori era culpable de la violación de derechos humanos y un 52% estaba de acuerdo con la confirmación de la sentencia condenatoria, mientras que un 28% sostenía su inocencia y un 40% se encontraba en desacuerdo con la pena impuesta. Un reducido 26% abogaba por la liberación inmediata del expresidente (RPP noticias, 2010); siete años después, esto último parece haber cambiado, pues la cifra inicial ha aumentado a un 27% (*Perú21*, 2017).

#### 4. CONCLUSIONES

Los procesos judiciales en los que se ha visto involucrado el expresidente Fujimori, ya sea para defenderse de cargos penales en su contra o para intentar obtener su libertad alegando la vulneración de sus derechos, son muestra de que los avances del derecho internacional pueden entrar en diálogo positivo y fructífero con la jurisdicción nacional (Salmón, 2014). Sin embargo, difícilmente puede darse sin la existencia de una sociedad civil empeñada en la agenda contra la impunidad

que, a su vez, genere las condiciones de legitimidad y presión política en las más altas esferas del poder de turno.

A pesar de que el caso Fujimori es emblemático para el movimiento de derechos humanos, en tanto supuso evaluar la responsabilidad de los hechos al más alto nivel, no se debe perder de vista que fue también excepcional y no representativo del sistema de justicia. En el Perú, la judicialización de las violaciones de derechos humanos sigue enfrentado una serie de problemas y es un reto pendiente.

Un hecho posterior de mayor relevancia es que, el 20 de febrero de 2017, se aprobó la ampliación de la extradición contra Alberto Fujimori por el caso Pativilca. Lamentablemente, estos sólidos avances judiciales encontraron un revés el 24 de diciembre de 2017, cuando el expresidente Pedro Pablo Kuczynski le otorgó a Fujimori el «indulto y derecho de gracia por razones humanitarias»<sup>22</sup>. Esta decisión contraria a las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos asumidas por el Perú está siendo evaluada por la Corte IDH a través de su procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias dictadas en los casos Barrios Altos y La Cantuta.

Frente a esta decisión que afecta los derechos de las víctimas, el sistema judicial respondió de forma adecuada. El 19 de febrero de 2018, la Sala Penal Nacional consideró inaplicable el derecho de gracia a Fujimori en el marco del caso Pativilca; es decir, se iniciará un nuevo juicio contra el expresidente. Además, el 25 de abril de 2018, el fiscal superior Luis Landa ordenó denunciar a Fujimori por las esterilizaciones forzadas de cinco mujeres y por lesiones graves en agravio de 2166 mujeres que denunciaron haber sido esterilizadas sin su consentimiento hace 15 años.

---

<sup>22</sup> Ver la resolución suprema 281-2017-JUS, «Conceden indulto y derecho de gracia por razones humanitarias a interno del Establecimiento Penitenciario Barbadillo», del 24 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normas-legales/conceden-indulto-y-derecho-de-gracia-por-razones-humanitaria-resolucion-suprema-n-281-2017-jus-1600540-2/>.

Esto implica oportunidades invaluable para la aplicación de estándares del derecho internacional en el ordenamiento jurídico nacional, siempre con la finalidad de asegurar la protección de los derechos de las víctimas y sus familiares, así como sancionar a quienes en el pasado cometieron graves violaciones a los derechos humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- América Economía (2010). Perú: defensa de Fujimori dice que luchará por nulidad de sentencia. 3 de enero. Recuperado de <https://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/peru-defensa-de-fujimori-dice-que-luchara-por-nulidad-de-sentencia> (consultado el 25 de agosto de 2017).
- Burt, Jo-Marie (2009). *Violencia y autoritarismo en el Perú: bajo la sombra de Sendero y la dictadura de Fujimori*. Lima: IEP.
- CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44, 5 de diciembre. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf>.
- CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Derecho a la verdad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.152. Doc.2, 13 de agosto. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>.
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998). Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia del 8 de marzo. Fondo. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_37\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006a). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de setiembre. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006b). Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia del 29 de noviembre. Fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf).

- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008a). Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela. Sentencia del 5 de agosto. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008b). Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Sentencia del 26 de noviembre. Fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_190\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia del 30 de junio. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_197\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011a). Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo. Fondo. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011b). Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentencia del 1 de julio. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_227\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf).
- Corte Suprema de Justicia del Perú (2009a). Expediente AV 19-2001, Sala Penal Especial (sentencia del 7 de abril). Recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j\\_20101107\\_05.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf).
- Corte Suprema de Justicia del Perú (2009b). Expediente AV 19-2001-09, Primera Sala Penal Transitoria (sentencia del 30 de diciembre). Recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j\\_20090918\\_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20090918_01.pdf).
- CVR - Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). *Informe final*. Lima: CVR.
- Degregori, Carlos Iván (2012). *La década de la antipolítica: auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos*. IEP: Lima.
- El Comercio* (2012). Hace 12 años, Alberto Fujimori renunció a la Presidencia de la República vía fax. 19 de noviembre. Recuperado de <http://archivo.elcomercio.pe/politica/gobierno/hace-12-anos-alberto-fujimori>

renuncio-presidencia-republica-via-fax-noticia-1498592 (consultado el 23 de agosto de 2017).

*El País* (2007). Chile autoriza la extradición de Fujimori a Perú. 21 de setiembre. Recuperado de [https://elpais.com/internacional/2007/09/21/actualidad/1190325613\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2007/09/21/actualidad/1190325613_850215.html) (consultado el 23 de agosto de 2017).

*La República* (2016). Así fue la protesta en rechazo al hábeas corpus de Alberto Fujimori. 24 de marzo. Recuperado de <http://larepublica.pe/politica/761565-asi-fue-la-protesta-en-rechazo-al-habeas-corpus-de-alberto-fujimori-fotos/7> (consultado el 29 de agosto de 2017).

Méndez, Juan (2011). La trascendencia del juicio de Fujimori para la lucha contra la impunidad en el Perú y el mundo. En Instituto de Defensa Legal (IDL), *La trascendencia del juicio y la sentencia de Alberto Fujimori. Una mirada nacional e internacional* (pp. 9-16). Lima: Bellido.

Ministerio Público (Primera Fiscalía Suprema Penal) (2007). Expediente acumulado 19-2001. Asesinato y otros. Sala Penal Especial. Dictamen 2275-2007-1°FSP-MPFN, del 29 de octubre. Recuperado de [http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/Documentos/dictamen\\_2275-2007\\_1FSP\\_MPFN\\_091107.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/Documentos/dictamen_2275-2007_1FSP_MPFN_091107.pdf).

Montoya, Yván (2011). Los crímenes de lesa humanidad y el principio de legalidad en la sentencia recaída en el caso Fujimori. Breve comparación con la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo. En Florabel Quispe y Reynaldo Bustamante (eds.), *Derechos humanos y lucha contra la impunidad. El caso Fujimori* (pp. 113-133). Madrid: Dykinson y Palestra.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014). *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*. Nueva York y Ginebra: ONU.

*Perú21* (2017). Pulso Perú: 53% de peruanos considera que Alberto Fujimori debería estar libre. 2 de junio. Recuperado de <https://peru21.pe/politica/pulso-peru-53-peruanos-considera-alberto-fujimori-deberia-libre-78797> (consultado el 28 de agosto de 2017).

Ramírez, Gabriela (2011). *Extradición, juicio y condena de Alberto Fujimori*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Reátegui, Félix (2006). *Transformaciones democráticas y memorias de la violencia en el Perú*. Lima: IDEHPUCP.

- Rivera, Carlos & Juan Quispe (2011). El habeas corpus de Fujimori. Documento de Trabajo N° 49. Recuperado de <http://www.justiciaviva.org.pe/new/especiales/fujimorinuncamas/hcfujimori.pdf> (consultado el 20 de agosto de 2017).
- Robertson, Geoffrey (2008). *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*. Madrid: Siglo XXI.
- RPP noticias (2010). Mayoría de peruanos de acuerdo con sentencia a ex presidente Fujimori. 17 de enero. Recuperado de <http://rpp.pe/politica/actualidad/mayoria-de-peruanos-de-acuerdo-con-sentencia-a-ex-presidente-fujimori-noticia-236022> (consultado el 30 de agosto de 2017).
- Salmón, Elizabeth (2006). Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana. *International Review of the Red Cross*, 862, 1-30. Recuperado de [https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/ricr\\_862\\_salmon.pdf](https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/ricr_862_salmon.pdf).
- Salmón, Elizabeth (2007). *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*. Lima: Palestra.
- Salmón, Elizabeth (2014). *La condena de Alberto Fujimori y el derecho internacional de los derechos humanos: un capítulo fundamental de la lucha contra la impunidad en Perú*. Bogotá: Externado de Colombia.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2003). Expediente 01934-2003-PHC/TC, Juan Roberto Yujra Mamami, sentencia del 8 de setiembre. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01934-2003-HC.html>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2006). Expedientes 06149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC, Minera Sulliden Shahuindo SAC y Compañía de Exploraciones Algamarca SA, sentencia del 11 de diciembre. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006-AA%2006662-2006-AA.pdf>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2016). Expediente 01460-2016-PHC/TC, Alberto Fujimori Fujimori, sentencia del 3 de mayo. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/content/noticia/pdf/Sentencia01460-2016-HC.pdf>.

## CASO ABIMAEI GUZMÁN

### «MEGAPROCESO» CONTRA EL TERROR Y CONSOLIDACIÓN DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA<sup>1</sup>

Víctor Quinteros

#### FICHA DEL CASO

1992	2003	2003	2005	2006
7 de octubre	3 de enero	18 de enero a 20 de febrero	26 de setiembre	13 de octubre
El Tribunal Militar de la Zona Judicial Naval dicta sentencia que condena a Abimael Guzmán Reynoso, la cual es confirmada en segunda instancia.	El TC emite sentencia sobre el caso Tineo Silva, en la que declara inconstitucionales diversas normas de la legislación antiterrorista aprobada durante el régimen de Alberto Fujimori.	Se promulgan hasta seis decretos legislativos que constituyen la nueva legislación antiterrorista.	Inicia el juicio oral del llamado «megaproceso», en el cual se vuelve a juzgar al líder senderista Abimael Guzmán Reynoso y la cúpula dirigen- cial de Sendero Luminoso.	La Sala Penal Nacional emite senten- cia de primera instancia en la que declara culpables a los implicados bajo la nueva legislación antiterrorista.

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, el autor recibió los aportes de Iris Jave, además de los comentarios del equipo de investigadores.

## RESUMEN

El 3 de enero de 2003, mediante sentencia recaída en el expediente 010-2002-AI/TC, el TC declaró inconstitucionales diversas normas de la legislación antiterrorista aprobada durante el régimen del Alberto Fujimori y dispuso la aprobación de una nueva legislación de la materia; esto último se concretó a través de un paquete legislativo aprobado por el gobierno de Alejandro Toledo los primeros meses de ese mismo año. Esta vez la nueva legislación estableció parámetros de juzgamiento que aseguraron el pleno respeto a las garantías del debido proceso para quienes, una vez anulados los procesos por terrorismo y traición a la patria que les fueran seguidos bajo el marco de las derogadas leyes de emergencia, sean nuevamente juzgados. En adelante, los nuevos juicios debían superar todos los vicios materiales y procesales que introdujo la anterior legislación, siendo los jueces civiles, específicamente de la Sala Penal Nacional, los encargados de asumir esta tarea. El juicio más representativo de esta etapa fue el seguido contra la cúpula dirigenal del grupo terrorista Sendero Luminoso, proceso a través del cual, por vez primera, la jurisprudencia peruana aplicó la teoría de la autoría mediata por dominio de organización.

## 1. INTRODUCCIÓN

El Estado, para mantener el orden y estructura social, cuenta con el derecho penal como un instrumento coercitivo a través del cual ejercer su función punitiva. Sin embargo, su potestad sancionadora no es ilimitada, puesto que se ejerce en el marco de principios y derechos reconocidos por la Constitución, las leyes internas y las normas de derecho internacional que versan sobre la protección de los derechos humanos.

Durante el régimen presidencial de Alberto Fujimori, estos límites fueron transgredidos a partir de diversas leyes manifiestamente inconstitucionales, dictadas en el marco de un gobierno de facto, periodo constituido luego del autogolpe presidencial del 5 de abril de 1992.

Este paquete normativo, cuya aprobación se intentó justificar bajo la necesidad de fortalecer la lucha contra el terrorismo y que se plasmó en la sobrecriminalización de este delito, terminó vulnerando derechos fundamentales y garantías básicas del debido proceso, todo ello en los planos penal, procesal penal y penitenciario. Fue esta vulneración de múltiples derechos, incluidos los de defensa de cientos de condenados por delitos de terrorismo y traición a la patria, lo que motivó que el TC declarase la inconstitucionalidad de la legislación de emergencia y, como correctivo, recomendase su modificación.

El restablecimiento de la democracia, luego de la caída del régimen fujimorista en noviembre de 2000, y la consecuente modificación de la legislación de emergencia durante el año 2003 significaron un escenario idóneo para la realización de nuevos juzgamientos —en el marco del respeto de los derechos fundamentales— a quienes se consideraron afectados en sus derechos. De este modo, fueron iniciados nuevos procesos penales y dictadas nuevas condenas, siendo la más emblemática aquella por crímenes contra los derechos humanos en contra el líder senderista Abimael Guzmán Reynoso y su cúpula dirigencial, decisión adoptada por la Sala Penal Nacional en sentencia de primera instancia del 13 de octubre de 2006.

## **2. DESARROLLO DEL CASO**

### **2.1. Contexto sociopolítico**

Luego de emitida la sentencia del TC recaída en el expediente 010-2002-AI/TC, de fecha 3 de enero de 2003, y declaradas inconstitucionales diversas normas de la legislación de emergencia promulgada en 1992, el Congreso de la República, mediante ley 27913, delegó facultades al Poder Ejecutivo para que aprobase una nueva legislación de la materia<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Antes de la citada sentencia del TC, la Corte IDH había emitido un pronunciamiento donde identificaba las normas de la legislación antiterrorista que consideró

Así, entre los meses de enero y febrero de 2003, fueron aprobadas varias normas al respecto<sup>3</sup>.

A partir de este nuevo marco legal, las personas condenadas (hasta ese entonces) por los delitos de traición a la patria y terrorismo tuvieron la posibilidad de solicitar un nuevo juzgamiento o seguir cumpliendo las penas que les habían sido impuestas. En el primer caso, dos supuestos de nulidad permitían acoger estos pedidos: el primero, en los casos en que el Fuero Militar emitió sentencia por el delito de traición a la patria; y el segundo, cuando la condena por delito de terrorismo fue emitida conforme al sistema de «jueces sin rostro». Así, se iniciaron 738 nuevos procesos penales por delito de terrorismo, 432 declarados nulos por haberse tramitado bajo el sistema de «jueces sin rostro» y 306 anulados por tratarse de casos de traición a la patria juzgados en el Fuero Militar. En su gran mayoría (610), estos casos fueron asumidos por la Sala Penal Nacional (Francia, 2006, p. 165). Entre este grupo de casos se incluyeron los procesos seguidos contra el líder senderista Abimael Guzmán Reynoso y la cúpula dirigenal de Sendero Luminoso, los que fueron acumulados en un «megaproceso» cuyo juicio oral se inició en setiembre de 2005.

Para ese entonces, se contaba ya con la nueva legislación antiterrorista aprobada entre los meses de enero y febrero de 2003, que esta vez garantizaba los derechos fundamentales de los procesados; y también con el informe final de la CVR, texto entregado al presidente Toledo el 28 de agosto de 2003. Paralelamente a esta última entrega,

---

violatorias de la CIDH. Así, la Corte IDH recomendó la reforma de la legislación de emergencia y el inicio de nuevos juicios contra Ernesto Castillo Petruzzi y otros nacionales chilenos condenados por delito de traición a la patria (Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia del 30 de mayo de 1999). Posteriormente, con fecha 25 de noviembre de 2004, la Corte IDH, al pronunciarse con respecto al caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, valoró y destacó las reformas legales que efectuó el Estado peruano en cumplimiento de la sentencia del TC.

<sup>3</sup> Para mayores detalles acerca de estas normas, revisar el punto 3.1 del texto sobre el caso Tineo Silva.

la CVR aportó 45 investigaciones especiales al Ministerio Público con la finalidad de promover futuras denuncias por violaciones de derechos humanos atribuidas a agentes estatales, así como por crímenes de similar gravedad imputados a miembros de las organizaciones terroristas MRTA y Sendero Luminoso. Una de las investigaciones aportadas por la CVR se refirió al caso Lucanamarca, hecho de sangre cuya investigación fue acumulada al «megaproceso».

## 2.2. Descripción del caso

### 2.2.1. Los hechos del caso

El «megaproceso» no acumuló todos los procesos seguidos contra Abimael Guzmán y sus principales seguidores, sino solo los principales, específicamente aquellos que permitieron determinar la existencia de la organización (Sendero Luminoso) y su mando centralizado. Estos casos acumulados, declarados nulos o iniciados antes del comienzo del juicio oral, fueron los siguientes (Francia, 2006, p. 165):

**Cuadro 5**  
**Casos acumulados al «megaproceso»**

Expediente	Descripción <sup>4</sup>
<b>Acumulado 560-03</b> <b>(captura de Abimael Guzmán Reinoso)</b>	Existencia de un sistema de mando y organización a nivel nacional, a cargo de Guzmán Reinoso en su aspecto ideológico, político y militar; así como el «Comité central», el «Comité permanente» y el «Buró político», conformado por Iparraquirre Revoredo (número dos de la organización), Laura Zambrano Padilla y María Pantoja Sánchez.
<b>Acumulado 177-93</b> <b>(Academia César Vallejo)</b>	La Academia César Vallejo, que era utilizada por la organización senderista como parte del llamado «Aparato Central de Logística o Economía» de Sendero Luminoso.

<sup>4</sup> Francia considera cuatros casos, pero la sentencia de primera instancia de la Sala Penal Nacional acumula un total de cinco (SPN, 2006, pp. 6-13). La descripción de los cuatro casos considerados por Francia corresponde a los primeros cuatros del cuadro 5.

Expediente	Descripción
Acumulado 105-94 ( <i>El Diario</i> como medio de propaganda e incitación de actos terroristas)	El control y dirección de <i>El Diario</i> , que sirvió al sistema de propaganda de Sendero Luminoso y como mecanismo para expresar su ideología y especialmente apología del accionar terrorista.
Acumulado 032-05 (hechos de Lucanamarca)	La masacre de Lucanamarca, donde se les responsabiliza de decidir la muerte de 69 campesinos en abril de 1983.
Acumulado 004-93	Atentados perpetrados por diversos aparatos del Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso.

Fuente: Poder Judicial, elaboración propia.

El juicio oral se inició en setiembre de 2005 y consideró un total de 24 acusados (12 de ellos ausentes), incluido su fundador, líder y jefe máximo Abimael Guzmán Reynoso (SPN, 2006, pp. 14-22). En el cuadro 6 se detalla los nombres de los acusados y sintetiza su ubicación en la organización, así como los delitos que les fueron atribuidos. De los 24 acusados, 9 fueron miembros del comité central, lo que da cuenta de su alta jerarquía dentro de la organización<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> La acusación consideró que quince de los acusados formaron parte del comité central de Sendero Luminoso; pero, en el curso del juicio, se desvirtuó tal imputación respecto de tres (Martha Huatay Ruiz, Judith Ramos Cuadros y Víctor Zavala Cataño). Asimismo, no se confirmó tal imputación respecto de otros tres, en tanto estuvieron en condición de no habidos y respecto de ellos hubo que declarar la reserva del proceso. En todo caso, con la finalidad de ser precisos en la información, para el cuadro 6 se consideró como miembros del Comité Central a aquellos cuya pertenencia ha sido confirmada en el curso del proceso, quienes además, a diferencia de los otros seis, también han sido considerados como tales por Benedicto Jiménez (2004, pp. 362).

**Cuadro 6**

**Acusados y delitos atribuidos en la acusación fiscal del 5 de agosto de 1995**

N.º	Acusado	Ubicación	Delitos
1	Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso (CC)	Jefe máximo  Conforma y dirige: –Comité permanente –Comité central –Buró político	–Contra la tranquilidad pública: terrorismo, terrorismo agravado, afiliación a organización terrorista en agravio del Estado –Contra la vida el cuerpo y la salud: homicidio calificado en agravio de diversos sujetos
2	Elena Albertina Iparraguirre Revoredo	Número 2 Comité permanente Comité central Buró político	Contra la tranquilidad pública: terrorismo, terrorismo agravado, afiliación a organización terrorista en agravio del Estado
3	Óscar Alberto Ramírez Durand	Número 3 Comité permanente Comité central Buró político	
4	Margi Eveling Clavo Peralta	Comité central Buró político	
5	Osmán Morote Barrionuevo	Comité central	
6	Margot Lourdes Liendo Gil	Comité central	
7	Victoria Obdulia Trujillo Agurto	Comité central	
8	Martha Huatay Ruiz	Socorro popular	
9	Angélica Salas de la Cruz	Sin cargo directivo	
10	Carlos Espinoza Ríos	Socorro popular	
11	Gerardo Saenz Román	Sin cargo directivo	
12	Judith Ramos Cuadros	Sin cargo directivo	
13	Juana Teresa Durand	Sin cargo directivo	
14	Ostaff Morote Barrionuevo	Sin cargo directivo	

N.º	Acusado	Ubicación	Delitos
15	María Guadalupe Pantoja Sánchez	Comité central Buró político	Contra la tranquilidad pública: terrorismo, terrorismo agravado, en agravio del Estado
16	Laura Eugenia Zambrano Padilla	Comité central Buró político	
17	Víctor Zavala Cataño	Socorro popular	–Contra la tranquilidad pública: terrorismo, terrorismo agravado, afiliación a organización terrorista en agravio del Estado –Contra la fe pública: falsificación de documentos en agravio del Estado
18	Hildebrando Pérez Huranca	Mando zonal	–Contra la tranquilidad pública: terrorismo, terrorismo agravado, afiliación a organización terrorista en agravio del Estado –Contra la vida el cuerpo y la salud: homicidio calificado en agravio de diversos sujetos (caso Lucanamarca)
19	Rómulo Misaico Evanan	Sin cargo directivo	
20	Víctor Quispe Palomino	Sin cargo directivo	
21	Gilber Curitomay Allauca	Sin cargo directivo	
22	René Caros Tomayro Flores	Sin cargo directivo	
23	Raúl Alcahuaman Arones	Sin cargo directivo	
24	Félix Quichua Echejaya	Sin cargo directivo	

Fuente: Poder Judicial, elaboración propia.

En tanto el mayor número de acusados fue miembro de los órganos de dirección de Sendero Luminoso, es preciso hacer una breve reseña sobre estos. Sus órganos de dirección fueron el comité central, el buró político y la dirección central o comité permanente. El primero era el órgano máximo de dirección, que establecía la línea política general hasta los planes estratégicos y tácticos de la organización y cuyos miembros tenían la calidad de dirigentes. El buró político, integrado por los cinco primeros miembros del comité central (más sus suplentes),

tenía a cargo funciones políticas de dirección partidaria. Finalmente, el comité permanente asumía la dirección política cotidiana del partido mientras no se reuniese el comité central. Abimael Guzmán presidía este último, además de integrar los tres órganos de dirección junto a Elena Iparraguirre y Ramírez Durand (Jiménez, 2004, pp. 361-367).

Los dirigentes del comité central asumían a su vez distintas responsabilidades a nivel de los comités y aparatos centrales de la organización. Por ejemplo, podían tener bajo su cargo la acción operativa de los comités zonales, como ocurrió con el comité regional principal (Ayacucho), respecto del comité zonal Cangallo, responsable de la matanza de Lucanamarca; o la acción de organismos generados militarizados como «Socorro Popular» (SOPO), responsable de múltiples atentados en la ciudad de Lima.

Por último, son las decisiones adoptadas a nivel directivo, como las acciones ejecutadas a nivel operativo, las que, en el marco de una misma organización, determinaron los tipos de responsabilidad materia de la presente sentencia. Sin duda, la principal fue la recaída en el líder senderista Abimael Guzmán, quien fue condenado por delito de terrorismo a título de «autor mediato por dominio de la organización», teoría esta última que la jurisprudencia peruana aplicó por primera vez en el Perú.

### **2.2.2. Desarrollo de la sentencia y resolución**

Además de expresar un firme compromiso con la democracia y rechazar todo marco de impunidad frente a los delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la Sala Penal Nacional fue clara al señalar que el objetivo del proceso era determinar responsabilidades concretas en quienes habían sido acusados de dirigir una organización terrorista y participar de la decisión, planificación y ejecución de numerosos atentados contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En esa misma línea, descarta en todo momento que se trate de un juicio político o de mero estudio histórico, político o social de la organización a la pertenecían los acusados (SPN, 2006, pp. 72-73).

### *Cuestiones probatorias*

En ese sentido, la Sala Penal Nacional estableció precisiones con respecto al manejo de la prueba para alcanzar dicho objetivo, las cuales surgen ante la necesidad de aplicar principios relevantes de la teoría de la prueba, como parámetros de la Corte IDH que señalan que la búsqueda de la justicia «no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades», ello si consideramos el grado de complejidad de la organización bajo juzgamiento. De hecho, son los propios documentos de Sendero Luminoso los que dan cuenta de sus niveles de secretismo, expresados a través del uso de sistemas de claves, que omiten consignar datos inculpativos (como lugares, nombres y fechas) o disponen la destrucción de documentos luego de ser leídos. A ello debe sumarse que las primeras investigaciones policiales sobre los hechos bajo estudio habían sido realizadas más de catorce años atrás (SPN, 2006, pp. 74-75)<sup>6</sup>.

Frente a ello, la Sala Penal Nacional resaltó el valor de la prueba trasladada<sup>7</sup> y consideró que los actos de la organización originaron el inicio de cientos de procesos penales, siendo que, a partir del cruce de las pruebas aportadas en cada uno de ellos, fue posible obtener información sobre «la organización, los procedimientos reglados de acuerdo al plan global delictivo, como con los atentados en concreto perpetrados, [...] que han permitido no solo determinar su estructura, funcionamiento, posiciones y roles de sus integrantes, sino también las estrategias encubiertas y procedimientos para la realización de atentados» (2006, p. 76).

---

<sup>6</sup> La sentencia pone de manifiesto que es principio de la teoría de la prueba la libertad de esta, por la que los jueces pueden utilizar cualquier medio de prueba legalmente reconocido para llegar a la convicción. La sentencia considera que, además de la prueba directa (testimonial, pericial o documental), el juzgador puede acudir al uso de la prueba circunstancial (indicios y presunciones) que permita inferir conclusiones sólidas de los hechos.

<sup>7</sup> Conforme a la ley 30077 (ley contra el crimen organizado), la prueba trasladada es aquella admitida y actuada en un proceso penal que puede utilizarse o valorarse en otro proceso penal.

No obstante recurrir al principio de libertad de la prueba en aras de la verdad y la justicia, la Sala Penal Nacional tuvo que pronunciarse también sobre los cuestionamientos probatorios presentados por la defensa de los acusados. En este punto, es importante remitirse a las declaraciones que sobre el tema brindó Pablo Talavera —entonces juez de la Sala Penal Nacional—, con relación a las pruebas obtenidas durante el desarrollo de los procesos que fueron declarados nulos por vulnerar derechos fundamentales. Talavera señaló lo siguiente:

- Se ha establecido la no consideración del material probatorio obtenido por la violación de derechos fundamentales.
- Las actas realizadas ante el fiscal militar han sido validadas en consideración al principio de necesidad.
- Los seguimientos, filmaciones y escuchas han sido considerados en caso de realizarse en un lugar público.
- La incautación de documentos privados ha sido considerada únicamente en los casos que no impliquen una afectación a la intimidad de la persona (Francia, 2006, p. 159).

En la misma línea, la Sala Penal Nacional (2006, pp. 77-78) resolvió lo siguiente, en el marco del «megaproceso» en cuestión:

- A propósito de filmaciones realizadas durante la investigación de casos de terrorismo y delitos conexos, que la captación de imágenes de personas en la vía pública no constituía un acto ilícito en atención al interés público o general.
- Que la filmación de hechos no constitutivos de delito podía convertirse en evidencia para la acreditación de un suceso con relevancia penal.
- Que las actas con las declaraciones de personas acogidas a la ley de arrepentimiento podían ser consideradas.

- Que las pruebas obtenidas en procesos penales fenecidos con autoridad de cosa juzgada podían ser aportadas como medio de prueba en otro proceso.
- Que, si bien la regla general en un juicio es que las partes sean las que aporten la prueba, ello no impedía que el tribunal pueda incorporar prueba complementaria.

Así, con todo el material recopilado sobre la base de estos parámetros, incluidas las pruebas recabadas durante el curso del «megaproceso», la Sala Penal Nacional declaró como hechos probados diversos atentados contra la vida de altos funcionarios, autoridades, militares y policías; sabotaje a distintas embajadas y locales partidarios; y emboscadas a medios de transporte público y vehículos oficiales, ya que tales eran las formas de lucha aplicadas por Sendero Luminoso en el marco de la estrategia militar usada contra el Estado peruano. Como refiere la sentencia, cada atentado obedeció a una previa consigna, objetivo y disposición de la dirección central de Sendero Luminoso, nivel de dirección que hizo expreso reconocimiento de estos hechos en los documentos partidarios y de cuya actuación dio cuenta el propio Óscar Alberto Ramírez Durand en diversas declaraciones brindadas durante el proceso. El nivel operativo siempre correspondió a los comités, organismos militarizados y aparatos centrales de la organización (SPN, 2006, p. 80-112)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Entre los hechos considerados probados, se incluye el asesinato de los 69 campesinos de Lucanamarca, los atentados contra la vida del presidente del JNE Domingo García Rada, los oficiales de marina Alberto Ponce Canessa y Gerónimo Cafferata Marazzi, el presidente del seguro social Felipe Santiago Salaverry Rodríguez, el presidente de ENCI Rodrigo Franco Montes, el diputado Eriberto Arroyo Mío, entre otros. Así también, se consideraron hechos probados los sabotajes a las embajadas de Japón, Estados Unidos, Rusia y Italia Alemania, así como a los locales partidarios del Partido Aprista Peruano en diversos distritos de Lima, entre otras instituciones. Entre las emboscadas, se considera el atentado contra el ómnibus con pasajeros de la empresa Enatru Perú, el asalto y robo a distintos puestos de la Policía Nacional en distintas regiones del país, entre otros atentados.

En definitiva, sobre las cuestiones probatorias, vale precisar que las consideraciones de la Sala Penal Nacional fueron convalidadas en la sentencia de revisión dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (RN 5385-2006), la que además, en el caso específico de los cuestionamientos a los medios probatorios incorporados de oficio y la prueba trasladada, señaló lo siguiente:

La convocatoria a juicio de testigos o la incorporación de la prueba trasladada son legítimas siempre que su incorporación esté sujeta al control de las partes; su actuación sea sometida a debate en el estadio que corresponda, y su mérito probatorio sea explicado de manera razonable, coherente y objetiva por el juez; condiciones que fueron cumplidas por la Sala Superior (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2007, p. 25).

### *Sobre el tipo penal de terrorismo*

Aun cuando la sentencia del TC (expediente 010-2002-AI/TC) declaró la inconstitucionalidad de determinadas normas de la legislación de antiterrorista de 1992 y ya en 2003 había sido aprobada una nueva legislación sobre la materia, esta vez garante de los derechos fundamentales, la defensa de los acusados argumentó transgresiones al principio de legalidad al considerar que el tipo penal de terrorismo no fue calificado de manera expresa e inequívoca. Para la defensa, el término «terrorismo» no tenía una definición unívoca y no se le podía diferenciar de los conceptos de guerra ni de guerrilla por el hecho de involucrar violencia con fines políticos. Consideraba de ese modo que el tipo penal no le era aplicable al tratarse de hechos ocurridos en un contexto de guerra y que obedecía más bien a un fin represivo y de persecución ideológica y política.

Al respecto, la Sala Penal Nacional precisó que el control abstracto de las normas penales no era materia de su competencia y remitió su pronunciamiento al texto de la precitada sentencia del TC, que sobre el mismo cuestionamiento resolvió que: «los tipos penales se caracterizan por ser abstractos y generales, lo cual no significa una violación

a la norma constitucional», con lo cual quedó desvirtuada cualquier alegación sobre imprecisiones en la redacción del tipo penal (TC, 2003, fundamento 54).

En ese mismo sentido, la Sala Penal Nacional recoge en su sentencia la interpretación del TC y precisa los elementos constitutivos del tipo penal de terrorismo (2006, pp. 148-154):

- a) Actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad personal o la integridad física de las personas, o contra el patrimonio de estas.
- b) Medios empleados que resulten idóneos para producir estragos y efectos catastróficos.
- c) La provocación, creación o mantenimiento de un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella.
- d) El dolo.

Es decir, la intención de los miembros de Sendero Luminoso fue provocar, crear o mantener en estado de zozobra, alarma o causar terror en la población de diversos departamentos del país. Esta intención es la que queda acreditada a través de los documentos donde constan las decisiones, consignas y balances de la dirección central de la organización.

### *La autoría mediata y el dominio de la organización*

Sin duda el principal aporte de la sentencia fue determinar la responsabilidad del líder senderista Abimael Guzmán Reynoso y su cúpula dirigenal a partir del desarrollo de la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización. Con ello, el «megaproceso» se convirtió en el primer caso en el que la judicatura peruana utilizó la figura cuyo origen doctrinario se atribuye a Claus Roxin<sup>9</sup>. A partir de esta

---

<sup>9</sup> La teoría del «autor mediato por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados», propuesta por Claus Roxin, fue aplicada por primera vez a nivel regional

argumentación, la Sala Penal Nacional imputó «responsabilidad penal a Abimael Guzmán Reynoso por el delito de terrorismo a título de autor (mediato) por dominar la organización desde la cual se cometieron una serie de actos de terrorismo (Sendero Luminoso), sin que ello impida que los ejecutores materiales de los actos respondan también como autores (directos), y sin que entre ellos exista un régimen de coautoría» (Meini, 2007, p. 49).

La defensa de Guzmán objetó la aplicación de esta figura básicamente por considerar que no era aplicable a organizaciones no estatales, al no haber en ellas deber de obediencia y transferencia de responsabilidad al superior y por considerar que la figura del autor mediato recién fue regulada en el Código Penal de 1991, por lo que su aplicación no podía ser retroactiva.

Frente al primer cuestionamiento, la Sala Penal Nacional se remitió al propio Roxin, quien desde 1963 sostiene que la teoría aplica tanto a aparatos estatales que operan al margen de la ley, como a movimientos clandestinos, bandas criminales o grupos semejantes. A ello agregó referencias más recientes del mismo autor (como la conferencia en Lisboa del año 2002), donde señala que el modelo de autoría mediata rige para la criminalidad organizada estatal y distintas expresiones de terrorismo. En todo caso, precisa en la sentencia, lo que interesa es que estén presentes los presupuestos que exige el modelo: «a) la existencia de una fuerte estructura jerárquica a disposición del hombre de detrás, un aparato organizado de poder; b) la fungibilidad de los ejecutores; y c) la organización debe operar desligada del ordenamiento jurídico» (SPN, 2006, pp. 161-162).

---

en el marco del juicio a las juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983. Así ocurrió en la sentencia de primera instancia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos, del 9 de diciembre de 1985, que, sobre la base de esta teoría, condenó a los miembros de la junta militar. Finalmente, el 30 de diciembre de 1986, la Corte Suprema de la Nación confirmó la sentencia, pero revocó la adhesión a la doctrina de Roxin.

En relación a los cuestionamientos sobre la aplicación de la autoría mediata a los hechos previos a 1991, año en que entró en vigencia el Código Penal que la reguló, la Sala Penal Nacional sustentó su rechazo a esta postura, aduciendo que no existe un concepto ontológico (general) de autor sino, más bien, únicamente un concepto doctrinal. Así, resaltando el hecho de que el mismo Código Penal de 1924 no contenía una definición de autor, concluyó que correspondía a la doctrina y a los jueces establecer los alcances del concepto, tipo o formas de autoría, tal cual la sala lo hizo en la sentencia (2006, p. 159).

Entonces, siendo que el cumplimiento de los requisitos que exige el modelo de autoría mediata por dominio de la organización constituye el factor determinante para su aplicación a un caso determinado, es preciso referirse a cada uno de ellos a la luz de los hechos probados durante el juicio:

- Sobre la existencia de una fuerte estructura jerárquica a disposición del hombre de detrás, un aparato organizado de poder. La Sala Penal Nacional concluye que Sendero Luminoso era una organización ilícita, con estructura y dirección claramente establecida y diferenciada y, como se mencionó anteriormente, constituida por tres órganos que gobernaban el conjunto de la organización: el comité central, el buró político y el comité permanente (llamado también dirección central). Debajo de ellos se ubicaban los aparatos que servían para la realización de la labor partidaria, entre ellos: el departamento de apoyo organizativo, el departamento de propaganda, el departamento de economía y otros departamentos y comités intermedios a los comités regionales o zonales, por último los comités de células y las células (SPN, 2006, p. 155).

Este aparato burocrático tenía como brazo armado al llamado «ejército guerrillero popular», conformado por pelotones o columnas de diversa jerarquía y organizado en tres niveles: la fuerza principal, encargada de las acciones de mayor peligro y envergadura, que reunía a los elementos más experimentados y comprometidos

con la organización; la fuerza local, con elementos de apoyo de la fuerza principal que aumentan su capacidad operativa, desarrollan actividades cotidianas y participan de las acciones cuando son requeridos, además de intervenir en sus respectivos territorios; la fuerza base o milicia, conformada por pobladores locales, que es la masa captada por Sendero Luminoso como apoyo de las fuerzas principal y local (Jiménez, 2004, pp. 684-686). Finalmente, era el ejército guerrillero popular el ejecutor de las directivas que —en el ámbito militar— eran impartidas desde los órganos de dirección.

Conforme lo describe la Sala Penal Nacional, todo este entramado organizacional funcionaba sobre la base de «los acuerdos de los organismos de dirección, las directivas y las consignas, las que obligatoriamente debían ser cumplidas, por estricta aplicación de los principios de centralismo y disciplina, correspondiendo a los miembros encargados de la ejecución de los atentados la planificación en concreto de cada acción, elaborando el denominado Plan Operativo Táctico» (2006, p. 155).

En otras palabras, en la línea de los argumentos de la sala, «el elemento «jerarquía» grafica que el dominio que sobre el ejecutor ostenta el hombre de detrás se encuentra supeditado al dominio que este tiene sobre la organización» (Meini, 2007, p. 55). En el caso de Abimael Guzmán Reynoso y la cúpula dirigenal de Sendero Luminoso, el dominio fue ejercido a través de los roles que a cada uno le tocó ejercer como integrantes de los órganos de dirección de la organización, principalmente el comité central, órgano máximo de dirección que integraron 9 de los 24 acusados y del cual Guzmán era presidente y líder máximo.

- Sobre la fungibilidad de los ejecutores. Señala la Sala Penal Nacional que «la fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores se funda en que la negativa del ejecutor de llevar a cabo

el plan no impide que éste efectivamente se realice, ya que si él no cumple la orden, según el organigrama del aparato de poder inmediatamente otro le suplirá, no resultando afectada la ejecución del plan global» (2006, p. 155). Ciertamente, este aspecto también fue cuestionado por la defensa de los acusados al negar que existiese dominio de la voluntad sobre los ejecutores y que estos fuesen intercambiables.

Sobre este punto, precisa la sala que el dominio sobre el ejecutor está supeditado al dominio que el hombre detrás de la organización tiene sobre esta. Resalta que no se trata de un dominio directo sobre el ejecutor, a quien seguramente no se conocía, sino uno indirecto. Entonces es un dominio que opera sobre todos los integrantes de la organización y que se logra a través del dominio directo sobre el aparato. Ello, precisa la misma sala, no es poca cosa tomando en cuenta la vinculación, pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía del aparato (Sendero Luminoso), al cual —por lo demás— se entiende asimilado por voluntad propia.

En cuanto a la fungibilidad, la Sala Penal Nacional señala que la sustitución del ejecutor solo será posible si la organización dispone de una reserva suficiente de personas a las que sea posible recurrir en caso aquel desista de cumplir la orden. A esta afirmación, la sala agrega que tal disposición de personas tiene fundamento en el hecho que Sendero Luminoso, con ocasión de su primer congreso, afirmó tener más de 17 000 combatientes y luego 33 000, lo que daba cuenta de un amplio número de ejecutores disponibles y predispuestos a llevar a cabo la orden.

Concluye la sala afirmando que el dominio de la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden, la misma que opera sobre otros integrantes de la organización dispuestos a ejecutarla. Entonces, la posibilidad

de sustituir a los ejecutores representa únicamente la existencia de mayores probabilidades de que el hecho se realice, lo que en el caso de Sendero Luminoso, dado el referido número de cuadros dispuestos, era perfectamente posible (2006, p. 165-167).

- La organización debe operar desligada del ordenamiento jurídico. Precisa la Sala Penal Nacional que los aparatos organizados de poder deben encontrarse al margen de la legalidad o desvinculados del derecho; es decir, el modelo de autoría mediata propuesto por Roxin supone que la estructura y organización en su conjunto actúen fuera del ordenamiento jurídico, donde no opere la fuerza de la ley, sino las órdenes ilícitas generadas en su interior (Meini, 2007, p. 52). Así, el carácter clandestino y fines ilícitos de la organización, planteados al más alto nivel por sus órganos de dirección y ejecutados por sus comités y órganos operativos, fueron expresión concreta del tercer presupuesto exigido por el modelo.

Finalmente, a partir del cumplimiento de estos presupuestos, la Sala Panel Nacional concluye que se ha logrado determinar que Sendero Luminoso constituye una organización clandestina, jerárquicamente estructurada y cohesionada sobre la base de la unidad partidaria; además, cuenta con una clara distribución de funciones, en las que se identifican sus niveles de decisión, la programación de sus actividades ilícitas y, en definitiva, el dominio de la organización (2006, p. 162). Siguiendo los argumentos de la misma sala, se trata de un verdadero aparato de poder al que se puede aplicar la teoría de autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización.

Cabe agregar que, sobre esta misma organización, su papel en el origen y desarrollo del conflicto, así como su impacto en términos de costo de vidas humanas, son resumidos por la CVR del siguiente modo:

La organización subversiva y terrorista autodenominada Partido Comunista del Perú y conocida como Sendero Luminoso (PCP-SL)

desencadenó una guerra contra el Estado y la sociedad peruanos en mayo de 1980. A lo largo de ese conflicto, el PCP-SL cometió crímenes que configuran delitos de lesa humanidad y se constituyó en el principal culpable del alto número de víctimas producido. El PCP-SL fue responsable del 54% de las muertes y desapariciones reportadas a la CVR durante su investigación. Sobre la base de los cálculos realizados, la CVR estima que la cifra total de víctimas fatales ocasionadas por dicha organización subversiva asciende a 31,331 personas (CE CVR, 2004, p. 97).

De este modo, la sentencia es clara al identificar a Abimael Guzmán como el máximo dirigente de la organización Sendero Luminoso, siendo que presidía el comité central, el comité permanente y el buró político; jerarquía desde donde lideró la lucha armada y condujo la acción terrorista de sus huestes y ordenó —en su calidad de máximo jefe— la matanza de Lucanamarca, la utilización del semanario *El Diario* como medio de propalación e incitación de actos terroristas y la utilización de la Academia César Vallejo como centro de adoctrinamiento y reclutamiento. Asimismo, conforme la misma sentencia, se le considera el artífice del llamado «pensamiento Gonzalo», línea en la que se encuentran definidos sus objetivos políticos (la toma del poder), militares (la guerra popular) y de construcción (la conquista del poder en medio de la guerra popular) (SNP, 2006, pp. 168-169).

Así, sobre la base de los hechos considerados probados y determinada la responsabilidad de cada uno de los acusados, la Sala Penal Nacional impuso condenas por delito de terrorismo en sus diversas modalidades contra 12 de los acusados (incluidos los 9 miembros del comité central incluidos en la acusación). En el caso de Abimael Guzmán, se incluyó la condena por delito de homicidio calificado en agravio de las víctimas del caso Lucanamarca. Asimismo, fueron absueltos dos procesados y sobre el resto no hubo pronunciamiento, sea por prescripción (1) o por declararse la reserva del proceso al estar no habidos (9).

**Cuadro 7**  
**Fallo de la sentencia de primera instancia<sup>10</sup>**

N.º	Acusado	Pena privativa de libertad
1	Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso	Cadena perpetua
2	Elena Albertina Iparraguirre Revoredo	Cadena perpetua
3	Óscar Alberto Ramírez Durand	24 años
4	Margi Eveling Clavo Peralta	25 años
5	Osmán Morote Barrionuevo	25 años
6	Margot Lourdes Liendo Gil	25 años
7	Victoria Obdulia Trujillo Agurto	25 años
8	Martha Huatay Ruiz	25 años
9	Angélica Salas de la Cruz	25 años
10	María Guadalupe Pantoja Sánchez	35 años
11	Laura Eugenia Zambrano Padilla	35 años
12	Víctor Zavala Cataño	25 años
13	Rómulo Misaico Evanan	Absuelto
14	Hildebrando Pérez Huranca	No habido. Reserva del proceso
15	Víctor Quispe Palomino	No habido. Reserva del proceso
16	Gilber Curitomay Allauca	No habido. Reserva del proceso
17	René Caros Tomayro Flores	Prescripción por muerte
18	Raúl Alcahuaman Arones	No habido. Reserva del proceso
19	Félix Quichua Echejaya	No habido. Reserva del proceso
20	Carlos Espinoza Ríos	No habido. Reserva del proceso
21	Gerardo Saenz Román	No habido. Reserva del proceso
22	Judith Ramos Cuadros	Absuelta
23	Juana Teresa Durand	No habida. Reserva del proceso
24	Ostap u Ostaff Morote Barrionuevo	No habido. Reserva del proceso

Fuente: Poder Judicial, elaboración propia.

<sup>10</sup> En la sentencia de segunda instancia, recaída en el expediente RN 5385-2006, del 26 de noviembre de 2007, el fallo fue confirmado en todos sus extremos, excepto en el caso de las condenadas Pantoja Sánchez y Zambrano Padilla, a quienes se condenó a cadena perpetua.

### 3. IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA

Dos puntos deben resaltarse a partir de la sentencia dictada contra Abimael Guzmán y la cúpula dirigencial de Sendero Luminoso, ambos de trascendencia histórica en lo que respecta a la lucha contra la impunidad frente a crímenes y violaciones de derechos humanos ocurridas durante el periodo de violencia 1980-2000; es decir, que implicaron impactos en el modo de juzgamiento a quienes atentaron contra el Estado a través del terror, pero también en el modo de determinar responsabilidades al más alto nivel en quienes, desde el Estado, al abusar y hacer uso perverso del poder, incurrieron en graves violaciones de derechos humanos.

En el primer caso, el «megaproceso» significó que miembros de Sendero Luminoso, inicialmente condenados en el marco de la inconstitucional legislación antiterrorista aprobada en 1992, fueran nuevamente juzgados, esta vez en el marco de una nueva legislación respetuosa de los derechos fundamentales y las garantías del debido proceso<sup>11</sup>. A partir de la condena, la derrota de Sendero Luminoso no solo terminó siendo inobjetable en el campo militar, sino también en el terreno legal, con lo cual quedó consolidado el triunfo del sistema democrático y el estado de derecho frente al terror. Finalmente, el «megaproceso» resultó representativo de los cientos de procesos reiniciados en el marco de la nueva legislación antiterrorista, lo que supuso una legitimación de la acción de la justicia frente a la sociedad y la comunidad internacional. Así, si la declaración de inconstitucionalidad constituyó el primer paso para este proceso de legitimación, la aplicación de la nueva legislación (en juicio) determinó su consolidación.

---

<sup>11</sup> Debe precisarse que no se trata de un supuesto de doble juzgamiento, toda vez que los nuevos procesos fueron iniciados luego que los propios imputados solicitasen la nulidad de sus procesos conforme lo dispuesto por la nueva legislación aprobada a partir de la sentencia dictada por el TC en el caso 010-2002-AI/TC (Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos).

En el segundo caso, debe destacarse que la sentencia dictada y en particular la aplicación de la autoría mediata por dominio de la organización para imputar responsabilidad penal a Abimael Guzmán Reynoso, terminó representando un modelo para otros casos que en el futuro representarían igual o mayor complejidad. Así, a la aplicación de este tipo de autoría en el marco del «megaproceso» (2006), siguieron otros casos, siendo los principales los siguientes<sup>12</sup>:

- Caso La Cantuta (2008), donde se condenó, entre otros imputados, al general EP Julio Salazar Monroe, jefe del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) en 1992, como autor mediato del asesinato de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle - La Cantuta, el 18 de julio de 1992, a manos del grupo de aniquilamiento «Colina»<sup>13</sup>, brazo operativo de una estrategia militar clandestina e ilegal dirigida desde las más altas esferas del poder durante los años 1991 y 1992<sup>14</sup>.
- Caso Barrios Altos y La Cantuta (2009). La misma teoría serviría para determinar la responsabilidad penal del expresidente Alberto Fujimori por la acción criminal del mismo Grupo Colina en el referido caso La Cantuta y en la matanza de Barrios Altos (zona del Cercado de Lima), esta última donde, el 3 de noviembre de 1991, fueron ejecutadas 15 personas, incluido un niño de 8 años, a quienes se atribuía presuntos vínculos con Sendero Luminoso.

---

<sup>12</sup> Cabe agregar que esta sentencia fue materia de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia en mérito al recurso de nulidad 5385-2006-Lima, del 26 de noviembre de 2007, en donde se declaró no haber nulidad de la sentencia recurrida.

<sup>13</sup> Destacamento militar integrando por agentes del Servicio de Inteligencia del Ejército Peruano.

<sup>14</sup> Sentencia de primera instancia recaída en el expediente 03-2003-1 SPE, de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 8 de abril de 2008. Posteriormente, fueron dictadas otras sentencias referidas a crímenes perpetrados por el mismo Grupo Colina, donde fue determinada la autoría mediata de otros mandos intermedios.

Por estos crímenes, Fujimori fue condenado a 25 años prisión, como autor mediato, al ostentar el máximo nivel de dirección de la organización criminal creada en torno al accionar operativo del Grupo Colina<sup>15</sup>.

- Caso Accomarca (2016). Matanza ejecutada el 14 de agosto de 1985 en agravio de 61 pobladores de la localidad de Llocllapampa, distrito de Accomarca, departamento de Ayacucho. Por este caso, fueron condenados 10 miembros de la segunda división de infantería de Huamanga (Ayacucho), incluidos su comandante general, general EP Wilfredo Mori Orzo, y su estado mayor, a quienes se consideró autores mediatos de la matanza<sup>16</sup>.

Caso de los sótanos del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) (2016). Sentencia dictada por la desaparición forzada de los estudiantes de la Universidad Nacional del Callao, Martín Roca Casas y Kenneth Anzualdo Castro, y del empresario panadero Justiniano Najarro Rúa, durante el año 1993, a manos de miembros del SIE. Por este caso, fueron condenados el exasesor presidencial y jefe de facto del SIN, Vladimiro Montesinos Torres, a 25 años de prisión; el excomandante general del ejército, Nicolás Hermoza Ríos, a 23 años de prisión; y el exresponsable de la Dirección Nacional de Inteligencia del Ejército Peruano (DINTE), Jorge Enrique Nadal Paiva, a 23 años de prisión; todos ellos en calidad de autores mediatos<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Sentencia de primera instancia recaída en el expediente AV 19-2001 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, del 7 de abril de 2009.

<sup>16</sup> Sentencia de primera instancia dictada por la Sala Penal Nacional del 31 de agosto de 2016.

<sup>17</sup> Sentencia de primera instancia dictada por la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 31 de agosto de 2016. Las penas de prisión que se indican fueron las definitivas conforme a la sentencia confirmatoria dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, el 27 de abril de 2018.

A pesar de lo señalado, cabe advertir que la sentencia bajo comentario pudo haber calificado los hechos ocurridos no solo sobre la base de normas penales nacionales, sino también de las normas consuetudinarias que llevarían a considerar los hechos como crímenes de lesa humanidad. Como lo afirmó también el informe final de la CVR, los actos criminales cometidos califican de esta manera<sup>18</sup>. Asimismo, la tesis de autoría mediata, que permitió comprometer a toda la cúpula de Sendero Luminoso, fundamenta la calificación de sus crímenes también como lesa humanidad. Por ello, esta omisión en que incurre la sentencia al juzgar los crímenes de los senderistas es una incoherencia que debiera superarse.

#### 4. CONCLUSIONES

El «megaproceso» seguido contra Abimael Guzmán Reynoso y la cúpula dirigencial de Sendero Luminoso consolidó el proceso de legitimación de la justicia peruana frente a la sociedad y la comunidad internacional al volver a juzgar y condenar a los principales miembros de esta organización sobre la base de un nuevo marco legal respetuoso de los derechos humanos y las garantías del debido proceso.

Con la condena dictada contra Abimael Guzmán Reynoso y ocho miembros del comité central, máximo nivel de dirección de la organización criminal, la derrota de Sendero Luminoso no solo terminó siendo inobjetable en el campo militar, sino también en el terreno legal, con lo cual quedó consolidado el triunfo del sistema democrático y el estado de derecho frente al terror.

La aplicación de la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización por vez primera en la jurisdicción peruana terminó representando, además de una innovación por parte de la Sala Penal Nacional,

---

<sup>18</sup> Ver el tomo VI, capítulo 1 («Patrones en la perpetración de los crímenes y de las violaciones de los derechos humanos») del *Informe final* de la CVR (2003).

un modelo cuya replica contribuyó a determinar responsabilidades penales en casos complejos como el del Grupo Colina, tal como ocurrió con la sentencia histórica a partir de la cual se condenó al expresidente Alberto Fujimori como autor mediato de las matanzas de La Cantuta y Barrios Altos, atribuidas al dicho grupo de aniquilamiento.

Aun cuando se trató de un caso concreto, la trascendencia histórica e interés público del «megaproceso», habida cuenta de quienes fueron juzgados y condenados, constituyó una expresión notable de lucha contra la impunidad y una contundente respuesta de la justicia frente a quienes atentaron contra el sistema democrático y fueron responsables de graves crímenes contra el Estado y sus ciudadanos.

## BIBLIOGRAFÍA

CE CVR - Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (2004). *Hatun Willakuy*. Lima: CE CVR.

Corte Suprema de Justicia del Perú (2007). RN 5385-2006, Segunda Sala Penal Transitoria (sentencia del 14 de diciembre). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ce077a0040753cca90cdd099ab657107/7.+R.N.+5385-2006-Caso+C%C3%BApula+de+Sendero.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ce077a0040753cca90cd-d099ab657107>.

Corte Suprema de Justicia del Perú (2009). Expediente AV 19-2001, Sala Penal Especial (sentencia del 7 de abril). Recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j\\_20101107\\_05.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf).

CVR - Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). *Informe final*. Lima: CVR.

Francia, Luis E. (2006). Los procesos penales contra las organizaciones terroristas. En: Lissa Magarrell y Leonardo Filippini (eds.), *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana* (pp. 133-183). Lima: International Center for Transitional Justice.

Jiménez, Benedicto (2004). *Inicio, desarrollo y ocaso del terrorismo en el Perú*. Lima: Sanki.

Meini, Iván (2007). Comentario a la sentencia de la Sala Penal Nacional. La autoría mediata de Abimael Guzmán. *Memoria. Revista sobre cultura, democracia y Derechos Humanos*, IDEHPUCP, 1, 49-58.

SPN - Sala Penal Nacional (2006). Caso Abimael Guzmán Reinoso y otros. Expediente acumulado 560-03. Sentencia del 13 de octubre.

TC - Tribunal Constitucional del Perú (2003). Expediente 010-2002-AI/TC, Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos, sentencia del 3 de enero. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>.

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

## CASO CHUSCHI

### IMPLICANCIAS DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO<sup>1</sup>

Valeria Reyes

#### FICHA DEL CASO

1991	1992	2004	2007	2014
14 de marzo	12 de mayo	21 de abril	5 de febrero	15 de diciembre
Manuel Pacotaype, Martín Cayhualla, Marcelo Cabama e Isaías Huamán son desaparecidos por militares y policías.	Los hechos son inicialmente judicializados a través de la formulación de una denuncia penal ante el juez instructor de Cangallo.	El caso inicia en un primer proceso luego de que la Corte Suprema de Justicia resolviera una contienda de competencia a favor de la justicia ordinaria.	La Sala Penal Nacional emite sentencia contra militares por el delito contra la humanidad de desaparición forzada en Chuschi.	La Sala Penal Nacional emite sentencia contra los militares que no formaron parte de la sentencia de 2007 por el caso Chuschi.

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, la autora recibió los aportes de Iris Jave, además de los comentarios del equipo de investigadores.

## RESUMEN

En este informe se analiza la sentencia en primera instancia de la Sala Penal Nacional para el caso de las desapariciones forzadas que tuvieron lugar en el distrito de Chuschi, provincia de Cangallo (Ayacucho), entre el 14 y 15 de marzo de 1991, a manos de efectivos policiales de la comisaría de dicho distrito y oficiales militares de la base militar contrasubversiva de Pampa Cangallo. A través de esta decisión, que complementa una sentencia anterior emitida por la misma sala en el año 2007, la Sala Penal Nacional declaró penalmente responsables del delito contra la humanidad de desaparición forzada a dos altos mandos militares de la base de Pampa Cangallo y los sentenció como autores mediatos tras llegar a la conclusión de que se negaron a dar información sobre el paradero y destino de las víctimas que fueron detenidas ilegalmente e ingresadas a la mencionada base militar, de donde nunca salieron.

La sala tomó como referencia el informe final de la CVR y reconoció que durante la época del conflicto armado las desapariciones forzadas fueron ejecutadas de manera sistemática y generalizada, como parte de la política antisubversiva adoptada desde el Estado, afirmación que tomó como un elemento de contexto en la determinación de su decisión. De igual manera, la sala recurre a normas internacionales y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma para interpretar el delito de desaparición forzada tipificado en el actual Código Penal.

Aun cuando este fallo ha sido dictado en primera instancia y no ostenta carácter definitivo, representa un avance en la lucha contra la impunidad en materia de desapariciones forzadas, que nos permite asumir con optimismo las próximas acciones que deberán ser adoptadas desde el Estado.

## 1. INTRODUCCIÓN

El 15 de diciembre de 2014, la Sala Penal Nacional emitió su segunda sentencia relacionada con las desapariciones forzadas de Chuschi, con lo cual buscaba determinar la responsabilidad penal de aquellos que, sin detener personalmente a las víctimas, se negaron a dar información sobre su paradero y cayeron en una conducta típica del delito de desaparición forzada.

En este caso, la Sala Penal Nacional enfrenta la enorme de responsabilidad de llevar a justicia a las familias de las cuatro víctimas: Manuel Pacotaype, Martín Cayhualla, Marcelo Cabama e Isaías Huamán, quienes fueron desaparecidos por militares y policías el 14 de marzo de 1991 y de quienes no se ha sabido nada más en los últimos 26 años. Pero sumado a ello, la Sala Penal Nacional se enfrenta también a la enorme responsabilidad de resolver, con justicia ejemplar, un caso que está vinculado a una de las heridas más grandes que dejó el conflicto armado interno en el Perú: el fenómeno de las desapariciones forzadas.

Tal como ha reconocido no solo el informe final de la CVR, sino también, en su momento, la CIDH y el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, en el Perú, durante la época del conflicto, las desapariciones forzadas se tornaron en una práctica sistemática de vulneración de derechos humanos que llevó a dicho Estado a ocupar, por varios años, el primer lugar en el mundo entre los países en los que estas violaciones se producían. Como se reconoce en el propio informe, esta práctica cobró una importancia particular cuando las fuerzas armadas se involucraron en el conflicto y asumieron el liderazgo en la lucha contrasubversiva (CVR, 2003).

En la actualidad, miles de víctimas —dentro de las que se encuentran los cuatro desaparecidos de Chuschi— aún no han sido halladas, ni vivas ni muertas. Debe señalarse también que, según el listado base del Registro Nacional de Personas Desaparecidas y Sitios de Entierro (Renade), presentado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

en 2018, la reciente cifra de personas desaparecidas durante el conflicto armado interno asciende a 20 329.

En el contexto descrito, la sentencia de la Sala Penal Nacional para el caso de Chuschi se presenta como un paso muy inicial en la enorme tarea del Estado por llevar justicia a las víctimas. Aun cuando la sala resuelve con contundencia, recurriendo incluso a estándares internacionales para dotar de contenido a las instituciones internas, consideramos que se trata de un fallo que debe ser tomado únicamente como un parámetro de referencia y no como un modelo en futuras oportunidades. El colegiado deja pasar aquí una importante oportunidad para sentar estándares más protectores a los derechos de las víctimas que, esperamos, pueda ser aprovechada a través de un pronunciamiento en segunda instancia.

## **2. DESARROLLO DEL CASO**

### **2.1. Contexto sociopolítico**

En 1991, Ayacucho atravesaba un periodo de recrudecimiento de la violencia que provenía de enfrentamientos entre las fuerzas armadas y Sendero Luminoso, así como de la participación de los comités de autodefensa. A inicios de ese año, un coche bomba había estallado en plena plaza de armas de Huamanga; una columna senderista había asesinado a 23 personas en la comunidad de Jarhuahurán; se denunció que la masacre de Chilcahuaycco había sido realizada por efectivos del ejército y miembros de comités de autodefensa; además, se produjo el asesinato de trece ronderos a manos de subversivos en el pueblo de Boca Bantaro; finalmente, se produjo el asesinato de Feliciano Huamán Quispe, encargado de la alcaldía provincial de Cangallo, por no acatar el «paro armado» convocado por Sendero Luminoso, entre otros (CVR, 2003).

El caso que presentamos tiene una connotación emblemática para los estudios que realizamos. Ocurre en el distrito de Chuschi, donde

Sendero Luminoso inicia su lucha armada en 1980, y refleja el despliegue de la estrategia antisubversiva en uno de los periodos más cruentos. La acción militar se enfoca en asesinatos selectivos: no se detiene a pobladores de forma indiscriminada, sino a aquellos sobre los cuales el ejército sospecha que podrían ser subversivos. Además, se incrementa y fortalece el apoyo a los comités de autodefensa mediante intervenciones combinadas entre la policía y el ejército. Permite comprender también el rol político del Congreso de la República, que interviene con una comisión investigadora, así como las acciones desde las organizaciones de derechos humanos que desarrollan estrategias de denuncia con los familiares de las víctimas y actores políticos como los congresistas.

Así, tenemos que la detención y posterior desaparición de Manuel Pacotaype, Martín Cayllahua, Marcelo Cabana (autoridades locales del distrito de Chuschi) e Isaías Huamán ocurre justamente en el lugar elegido por Sendero Luminoso en 1980 para iniciar su lucha subversiva mediante la quema de ánforas, el día que la población acudía a un proceso electoral para elegir a un gobierno democrático, luego de 12 años de dictadura militar (CVR, 2003).

Un segundo elemento está enfocado en el despliegue de la estrategia antisubversiva de las fuerzas armadas. De acuerdo a la CVR, entre 1989 y 1992, se desarrolla una crisis extrema: hay una ofensiva subversiva y contraofensiva estatal (marzo de 1989-setiembre de 1992). Así, las fuerzas armadas empiezan a aplicar una estrategia «integral» que «contemplaba la comisión de violaciones de los derechos humanos menos numerosas pero más premeditadas». Las autoridades de Chuschi fueron detenidas por una patrulla combinada entre efectivos policiales de la comisaría de dicho distrito y oficiales militares de la base militar contrasubversiva de Pampa Cangallo, provincia de Cangallo (Ayacucho), por haberse resistido a conformar comités de autodefensa, como se estaba haciendo en otras comunidades, cuya tarea principal era enfrentar a Sendero Luminoso y mantener informada a las patrullas militares acerca de cualquier dato que previniera sobre su ubicación.

Al mismo tiempo, las columnas de Sendero Luminoso recorrían las comunidades apelando a su colaboración, cuando no enrolamiento; si alguien se resistía, era considerado un «traidor».

La denuncia de la desaparición se realiza de forma casi inmediata (cuatro días después de ocurridos los hechos) debido al apoyo de la ONG Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), que consigue, junto a la Asociación de Residentes Chuschinós en Ayacucho, presentar la denuncia formal por detención y desaparición forzada ante la Fiscalía Superior de Derechos Humanos de Huamanga. El caso llega rápidamente al Congreso de la República, donde se forma una comisión investigadora de los sucesos de Chuschi y Huancapi (el segundo nombre hace alusión a otra matanza de siete personas en ese distrito). Este caso llega al Congreso no solo debido a las conexiones institucionales que mantienen los organismos de derechos humanos con actores políticos, sino también en parte por la abundante información, cobertura periodística e investigación sobre los hechos de violencia y las violaciones a los derechos humanos que denunciaban los organismos de derechos humanos y se publicaban en los medios de comunicación, tanto nacionales como internacionales. El entonces senador Javier Diez Canseco —fundador de APRODEH— se constituyó como miembro de la comisión investigadora, presidida por Gustavo Mohme Llona e integrada por Raúl Ferrero Costa, Benigno Chirinos y Tomás Reátegui, aunque este último se dispensó de integrarla por haber asumido un cargo en la mesa directiva del Congreso.

Pese a que tuvo una gran exposición mediática, el proceso judicial en contra de los responsables se frustró debido, entre otras cosas, a la dación de la ley de amnistía en 1995. No obstante, como se verá más adelante, fue gracias a un informe de la CIDH, favorable a las víctimas, que dicho proceso pudo ser reabierto. Luego del retorno a la democracia y de la apertura de las instituciones del Estado hacia procesos con mayor garantía de justicia y transparencia, se inicia, en 2004, el largo camino del proceso judicial en el caso Chuschi que culmina

finalmente en 2014 con una sentencia que responsabiliza a los autores directos, pero excluye a los altos mandos involucrados, como se verá en la sección sobre los hechos. Y quizá lo más clamoroso de la sentencia es el tratamiento a los familiares de las víctimas que no logran realizar una reparación de acuerdo a las normas internacionales y a la política de reparaciones en el país: no hay un reconocimiento del valor de las víctimas, ni una explicación del contexto de los hechos, que resulta fundamental para la dignidad y el reconocimiento de las víctimas, a lo que se suma el monto de la reparación económica, que resulta irrisorio.

## **2.2. Descripción del caso**

### **2.2.1. Los hechos del caso**

El 14 de marzo de 1991, una patrulla del ejército peruano que cumplía servicio en la base militar contrasubversiva de Pampa Cangallo (Ayacucho), liderada por el teniente EP Collins Collantes Guerra y con el apoyo de miembros de la Policía Nacional del Perú pertenecientes al puesto de control territorial de Chuschi, ingresaron en altas horas de la noche a este distrito y detuvieron a cuatro personas, cuyo paradero incluso hasta el día de hoy se desconoce.

El plan, presuntamente ideado desde la oficialía mayor del frente Huamanga, tenía por objetivo detener a ciertas autoridades del distrito de Chuschi que se habían negado a conformar rondas de defensa civil o rondas campesinas, pues buscaban evitar ser víctimas de posibles enfrentamientos entre policías, militares y grupos terroristas, desligándose, de esta manera, de la política contrasubversiva iniciada por el Estado durante la época del conflicto armado interno. Parte de este plan suponía que, mientras que las detenciones de las víctimas fueran ejecutadas, se simulara un supuesto ataque por parte de Sendero Luminoso en la comisaría de Chuschi, de modo que se creara la falsa impresión de que las personas detenidas habían sido víctimas de terroristas senderistas y no de militares o policías del Estado peruano.

Bajo el esquema planteado y con una lista en mano que incluía los nombres y direcciones de las personas a las que debían detener, la patrulla militar, liderada por Collantes, y efectivos policiales al mando del Alférez Luis Juárez Aspiro, allanaron las viviendas de Manuel Pacotaype Chaupin (alcalde), Martín Cayllahua Galindo (secretario del consejo), Marcelo Cabana Tucno (teniente gobernador) e Isaías Huamán Vilca (quien además era menor de edad).

Todas estas personas fueron sustraídas de sus hogares a través de graves actos de violencia física y verbal. Cuando sus familiares intentaron frustrar la detención, sufrieron también los agravios de las fuerzas del orden. Siguiendo las indicaciones del teniente Collantes, la tropa militar, llevando siempre consigo a los detenidos, inició a pie su trayecto hacia la base militar de Pampa Cangallo.

Al amanecer, los familiares de los agraviados acudieron a la comisaría de Chuschi para exigir la liberación de los detenidos; sin embargo, los efectivos policiales les dijeron que ahí no había ningún detenido e intentaron responsabilizar de estos hechos a los terroristas, bajo el argumento de que esa misma noche se había desatado un ataque senderista. Sin embargo, un comunero dio aviso a los familiares de que, en su recorrido desde la localidad de Uchuyri hacia Chuschi, había visto a los militares trasladando a pie a los detenidos, por lo que los familiares se dirigieron prontamente a intentar alcanzar a la patrulla militar.

Lograron interceptar a la tropa en un lugar denominado Ccotarara, en el que los militares se encontraban descansando en los maizales para luego continuar su camino hacia la localidad de Canchacancha. Al notar la presencia de los familiares, la patrulla lanzó amenazas para que no se acerquen y, por medio de la fuerza, pararon un vehículo de servicio público conducido por Zenobio Quispe y lo abordaron con la intención de agilizar su viaje hacia Canchacancha. Esto no detuvo a los familiares de los agraviados, quienes siguieron persiguiendo a los militares a fin de lograr la liberación de los detenidos.

Luego de bajar del vehículo, en la localidad de Huaccanccasa, ubicada frente a la base contrasubversiva de Pampa Cangallo, los militares continuaron su camino a pie por un camino de herradura que los condujo a la parte trasera de la base militar por donde los detenidos fueron ingresados en presencia de sus familiares que observaban a lo lejos. Aquella fue la última oportunidad en que Manuel Pacotaype, Martín Cayllahua, Marcelo Cabana e Isaías Huamán fueron vistos por sus seres queridos.

Durante ocho días consecutivos, los familiares se acercaron a la base contrasubversiva de Pampa Cangallo para exigir la liberación de los detenidos; sin embargo, siempre obtuvieron como respuesta una firme negativa de los militares, quienes afirmaron una y otra vez que las víctimas no habían llegado a la base militar y mucho menos que se encontraran ahí detenidas.

En un primer intento por ubicar y liberar a los detenidos, el 26 de marzo de 1991, el fiscal provincial mixto de Cangallo, Guillermo García Zamora, acompañado por diversas autoridades locales y un grupo de familiares de las víctimas, se acercó a la base militar de Pampa Cangallo y solicitó reunirse con el jefe comandante de la base, Mario Caldas Dueñas. Sin embargo, este no solo no accedió a tal solicitud, sino que horas más tarde se realizaron una serie de actos intimidatorios en contra del fiscal con el objetivo de que este no regrese.

Frente a lo ocurrido, el 5 de julio de 1991, el Senado de la República creó una comisión investigadora con el objetivo de esclarecer los hechos. El trabajo realizado por la comisión la llevó a concluir que tanto los militares de la base contrasubversiva, como los policías de la comisaría de Chuschi eran responsables por la desaparición de tres autoridades y un menor de edad el día 14 de marzo de 1991 y que en esa misma oportunidad habían simulado un ataque senderista para sindicar a otros como los responsables. Además, la comisión señaló que estas desapariciones se habían realizado como parte de una represalia por la negativa de las autoridades a conformar una ronda campesina.

### 2.2.2. Desarrollo de la sentencia y resolución

Los hechos descritos fueron inicialmente judicializados a través de la formulación de una denuncia penal, el 12 de mayo de 1992, ante el juez instructor de Cangallo, por parte del fiscal provincial mixto de Cangallo, Guillermo García. En dicha oportunidad, únicamente fueron acusados, como responsables de los delitos de violación a la libertad personal y abuso de autoridad, los policías de la comisaría de Chuschi. No obstante, este proceso judicial se vio frustrado luego de que los procesados se acogieran a las amnistías reguladas por las leyes 26479 y 26492.

Pese a ello, el 13 de abril del año 2000, la CIDH emitió el informe 47/00, relativo al caso 10908, en el que concluía que el Estado peruano, a través de efectivos policiales apoyados por militares de la base militar de Pampa Cangallo, había desaparecido a los agraviados y que, además, había incumplido con su deber de investigar y sancionar a los culpables, así como el de indemnizar a los familiares de las víctimas. Sobre la base de lo anterior, la CIDH recomendó al Estado peruano, realizar una «investigación completa, imparcial y efectiva para determinar las circunstancias de la desaparición de los señores Manuel Pacotaype Chaupín, Martín Cayhualla Galindo, Marcelo Cabana Tucno e Isaías Huamán Vilca y para sancionar a los responsables con arreglo a la legislación peruana» (CIDH, 2000, p. 21).

Sumado a lo anterior y en relación con las amnistías concedidas a los responsables, la CIDH agregó que recomendaba al Estado peruano «dejar sin efecto toda medida interna, legislativa o de otra naturaleza, que tienda a impedir la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de la detención-desaparición forzada [de las víctimas] y que «[e]n tal virtud, el Estado deb[ía] dejar sin efecto las Leyes No. 26479 y 26492» (2000, p. 21)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Cabe destacar que la nulidad de estas leyes de amnistía fue declarada por la Corte IDH a través de su sentencia para el caso Barrios Altos, del 14 de marzo de 2001.

De esta manera, el caso Chuschi derivó en un primer proceso que inició el 21 de abril de 2004, luego de que la Corte Suprema de Justicia resolviera una contienda de competencia a favor de la justicia ordinaria. En dicho proceso, se buscó determinar la responsabilidad penal de los militares Collins Collantes, Carlos Ruiz y Mario Caldas, así como de los policías Luis Juárez, Domingo Morales, Luis Bobadilla, Stalin Rivera y José Leiva. El 26 de abril de 2006, la Sala Penal Nacional inició el juicio oral y, el 5 de febrero de 2007, dictó sentencia en primera instancia y declaró responsables del delito contra la humanidad de desaparición forzada a Collins Collantes y Luis Juárez, a los que sentenció a pena privativa de la libertad por catorce y seis años, respectivamente. El caso fue reservado para el comandante de la base militar, Mario Caldas, por encontrarse ausente. El resto de acusados fue absuelto por falta de pruebas.

Esta decisión fue apelada por los sentenciados y resuelta en segunda instancia por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de setiembre de 2007. Dicha sala tuvo que pronunciarse sobre el argumento brindado por los apelantes vinculado a que el delito de desaparición forzada no se encontraba vigente<sup>3</sup> cuando ocurrieron los hechos y que, por lo tanto, se habían violado los principios constitucionales de irretroactividad de la ley penal y de legalidad, motivo por el cual la sentencia de primera instancia debía ser declarada nula. Además, los apelantes alegaron que existían otros agentes estatales que tenían responsabilidad por los hechos de Chuschi al haber dado las órdenes

---

Fue precisamente este fallo el que permitió que los juicios archivados por consecuencia de la dación de las leyes de amnistía mencionadas pudieran ser reactivados.

<sup>3</sup> El delito de desaparición forzada fue tipificado por primera vez en el artículo 323 del Código Penal de 1991, dentro del título «Delitos contra la tranquilidad pública» del capítulo II («Delitos de terrorismo»). Luego fue modificado mediante el decreto ley 255921, del 25 de junio de 1992. Posteriormente, se incorporó una nueva modificación al delito en el Código Penal en 1998, con la publicación de la ley 26926, que regulaba también los delitos de genocidio y tortura.

para que se ejecuten las desapariciones forzadas y que; sin embargo, no habían sido procesados. Con tal acusación, Juárez y Collantes se referían a los miembros del estado mayor de Huamanga<sup>4</sup> y los miembros del estado mayor de la base militar de Pampa Cangallo<sup>5</sup>.

Al respecto, la Sala Penal Permanente señaló que el delito de desaparición forzada se caracteriza por su estructura y *modus operandi* complejo, de modo que aquel «[i]mplica no solo la privación de libertad de una persona [...] por agentes del Estado [...] sino también el ocultamiento sistemático de tal aprehensión para que el paradero de la víctima se mantenga desconocido» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2007, f.j. 7). Sobre la base de tal afirmación, la Sala Penal Permanente justificó que, al ser la desaparición forzada un delito permanente, «será sancionado bajo el imperio de la ley que lo tipificó si el agente obra en todo o en parte luego del momento que entró en vigor» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2007, f.j. 8); es decir, que no se verá vulnerado ninguno de los principios señalados por los apelantes, si la situación antijurídica creada por el autor alcanza al periodo de vigencia de la nueva ley, desde su inicio hasta su consumación.

Por lo anterior, la Sala Penal Permanente decidió mantener la pena impuesta por la Sala Penal Nacional, la cual, en el caso de Juárez, se encontraba por debajo del mínimo legal y, en el caso de Collantes, se encontraba 6 años por debajo de lo solicitado por el fiscal superior en su acusación, bajo el argumento de que dicha sanción era proporcional

---

<sup>4</sup> El Estado Mayor de Huamanga estaba conformado por el General EP Hugo Martínez Aloja, Jefe Político Militar y Jefe de la Segunda División del Ejército de Huamanga; el Coronel EP Bernhard Christian Eduard Braun Luy, Jefe de Estado Mayor Operativo; el Coronel EP Sigifredo Celso Miranda Vásquez, Asesor de Inteligencia; y el Oficial EP Carlos Alberto del Busto Hervias, Jefe del Negociado de Inteligencia y Auxiliar del Coronel Miranda Vásquez.

<sup>5</sup> El estado mayor de la base militar contrasubversiva de Pampa Cangallo estaba conformado por José Humberto Zavaleta Angulo (jefe de instrucción y de operaciones de la base), Néstor Raúl Oblitas Carrera (auxiliar del área de inteligencia y oficial de logística) y Marco Antonio Aguilar Biaggi (encargado del área administrativa).

al número de agraviados (4) y de que Collantes, además, había actuado en el marco de una estructura castrense que le generó «un estrado psicológico de miedo al posible constreñimiento de sus superiores» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2007, f.j. 24) de no acatar las órdenes dadas.

Por otro lado, en relación al alegato de los sentenciados sobre los responsables de estas desapariciones que no estaban siendo procesados, la Sala Penal Permanente tomó dos decisiones: en primer lugar, concluyó que la Sala Penal Nacional no había realizado una valoración adecuada de la prueba actuada para el caso del acusado Domingo Morales Ampudia y que, en consecuencia, la sentencia era nula en el extremo que declaraba su absolución, por lo que correspondía que se realice un nuevo juicio oral a cargo de otro colegiado; en segundo lugar, señaló que «lo actuado en el curso del proceso permit[ía] advertir la presencia de suficientes indicios que acreditarían que de estos hechos tuvieron conocimientos diversos mandos militares [...] así como que hubo una negativa de dar información a las autoridades civiles» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2007, f.j. 26), motivo por el cual debía iniciarse una nueva investigación a cargo del Ministerio Público.

Al amparo de esta decisión, el 2 de diciembre de 2009, la Segunda Fiscalía Penal Nacional formuló acusación en contra de Hugo Martínez Aloja, Bernhard Christian Eduardo Braun Luy, Celso Sigifredo Miranda Vásquez y Carlos Alberto del Busto Hervias, todos miembros del estado mayor de Huamanga, como autores mediatos del delito contra la humanidad, en su modalidad de desaparición forzada en perjuicio de las cuatro víctimas de Chuschi. Del mismo modo, presentó acusación en contra de José Humberto Zavaleta Angulo, Néstor Raúl Oblitas Carrera y Marco Antonio Aguilar Biaggi, todos miembros del estado mayor de la base militar de Pampa Cangallo, como autores inmediatos del delito contra la humanidad, en su modalidad de desaparición forzada en perjuicio de las mismas víctimas.

El 15 de diciembre de 2014, la Sala Penal Nacional emitió sentencia en primera instancia. Tomando en consideración que todos los acusados ostentaban un cargo de poder dentro de sus unidades y que el delito por el que se les procesaba es uno de carácter permanente y complejo, la estrategia planteada por la Sala Penal Nacional estuvo orientada a determinar sus responsabilidades penales dando respuesta a cada una de las siguientes preguntas: ¿el procesado dio la orden de detención y desaparición de las víctimas? y ¿el procesado se negó a brindar información sobre el posible paradero de las víctimas?

Como parte de la fundamentación jurídica elaborada por la Sala Penal Nacional para determinar la responsabilidad penal de los procesados, el tribunal postuló el contenido del delito de desaparición forzada tomando como referencia el acuerdo plenario 09-2009/CJ-116, el artículo 320 del Código Penal<sup>6</sup>, el artículo 2.2 de la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas<sup>7</sup> y el literal i del numeral 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma<sup>8</sup> que crea la Corte Penal Internacional. En función a dichas normas, la Sala Penal Nacional concluyó que son dos las conductas que deben realizarse para que se materialice el delito: la privación de libertad de una persona; y la no

<sup>6</sup> «Artículo 320: El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al artículo 6 incisos 1 y 2».

<sup>7</sup> «Artículo 2.2: La privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes».

<sup>8</sup> «Artículo 7.2.i): Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado».

información sobre su paradero, con el fin automático de impedir la protección jurídica del afectado.

En la misma línea, desarrolló los alcances de la teoría de Claus Roxin sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder confirmando que esta forma de imputación objetiva de responsabilidad penal será aplicable siempre que se presenten de manera concurrente los siguientes presupuestos y requisitos funcionales: «i) el poder de mando; ii) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico, iii) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y, iv) la elevada disposición del ejecutor hacia el hecho» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2014, f.j. 82).

Posteriormente, tras evaluar las pruebas actuadas en el proceso, la Sala Penal Nacional llegó a dos grandes conclusiones. La primera fue que no había pruebas suficientes que permitieran quebrar el principio de presunción de inocencia en perjuicio de los miembros del estado mayor de Huamanga, pues no se podía afirmar con certeza que ellos hayan ordenado desaparecer a las cuatro víctimas de Chuschi ni que, luego de ello, se hayan negado a dar información sobre su paradero o hayan obstaculizado las investigaciones iniciadas por las autoridades. En ese sentido, la sala absolvió a Martínez Aloja, Braun Luy, Del Busto Hervias y Miranda Vásquez.

Por el contrario, la segunda conclusión a la que llegó la Sala Penal Nacional fue que existían pruebas suficientes para concluir que los miembros del estado mayor de la base de Pampa Cangallo, aun cuando no habían ordenado la detención de los agraviados, los recibieron en el cuartel militar y luego se negaron a brindar información sobre su paradero, lo que daba lugar a que se configure el delito de desaparición forzada. De esta manera, la sala declaró culpables a los acusados Zavaleta Angulo y Oblitas Carrera, sentenciándolos a 16 años de pena privativa de la libertad. En el caso de Aguilar Biaggi, la sala se reservó el proceso hasta que aquel fuera ubicado y puesto a disposición del órgano jurisdiccional competente.

### 3. IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA

La sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 15 de diciembre de 2014 para el caso de las desapariciones forzadas en Chuschi es sin duda emblemática. En primer lugar, porque permite dar una respuesta más contundente a las graves violaciones de derechos humanos cometidas en la base militar de Pampa Cangallo, al identificar y sancionar a varios de los responsables que no fueron incluidos en las investigaciones iniciales promovidas desde el Ministerio Público. En segundo lugar, porque arriba a determinadas conclusiones con respecto a la interpretación del delito de desaparición forzada que, desde una mirada jurídica, son destacables.

Sin embargo, esta es también una sentencia que no logra convertirse de manera satisfactoria en un antecedente sólido que pueda ser tomado como modelo en los casos que aún se encuentran pendientes de resolución en materia de desapariciones. En esa medida, este fallo debe ser tomado como un paso muy inicial en la enorme tarea que recae aún sobre el Estado de llevar justicia a las víctimas.

#### 3.1 Sobre el delito de desaparición forzada de personas

##### 3.1.1. Construyendo una definición

El presente caso versa sobre la desaparición forzada de la que fueron objeto cuatro víctimas a manos de oficiales militares y efectivos policiales en el distrito de Chuschi, localidad de Cangallo, Ayacucho, en 1991. Sin embargo, el caso Chuschi, lejos de constituir un supuesto aislado o atípico en el marco del conflicto armado interno, es manifestación de un complejo fenómeno que —según cifras oficiales del Comité Internacional de la Cruz Roja, el Ministerio Público y el Equipo Peruano de Antropología Forense— alcanzó, durante la época del conflicto, entre 13 mil y 16 mil víctimas (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2016, p. 4, párr. 10). De esta cifra de desaparecidos, más de 4 mil se habrían convertido en víctimas a manos de agentes del Estado (CVR, 2003, VI, pp. 74-75).

En su sentencia, la Sala Penal Nacional aplica la definición de desaparición forzada tipificada en el artículo 320 del Código Penal y, al reconocer su insuficiencia para describir una situación compleja<sup>9</sup>, interpreta dicha disposición en función al concepto establecido por los jueces supremos de lo penal en el año 2009 a través del acuerdo plenario 09-2009/CJ-116, así como las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano a partir de la ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma, además de los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte IDH. De esta forma, la Sala Penal Nacional sigue la línea del TC, que aplicó esa definición acorde a las obligaciones internacionales del Estado en su sentencia del año 2004 sobre el caso Villegas Namuche (TC, 2004).

Considerando lo anterior, la sala reconoce que el delito de desaparición forzada está compuesto por dos conductas sucesivas: la primera vinculada con la detención legal o ilegal de la víctima; y la segunda relativa a la negativa de dar información sobre su paradero, por parte de quienes se encuentran legalmente obligados a proporcionarla. La sala señala que esta negativa de informar es la que debe entenderse como el requisito de «desaparición debidamente comprobada» recogido en el Código Penal y se vale de esa interpretación para imputar responsabilidad penal a los altos mandos de la base militar de Chuschi, quienes, si bien no ejecutaron la operación en que las víctimas fueron detenidas ni dieron la orden para que esta se lleve a cabo, en un momento posterior,

---

<sup>9</sup> El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, en su informe sobre su misión al Perú, del 8 de julio de 2016, señaló, con respecto al artículo 320 del Código Penal, que «lamenta que la definición y su interpretación sean restrictivas y, en consecuencia, no todos los actos de desaparición forzada estén cubiertos por dicha definición, hecho reconocido por el propio Estado. Entre otros aspectos, la frase “debidamente comprobada” crea un requisito contrario a las disposiciones internacionales. Tampoco el tipo penal reconoce la posibilidad de que actores privados puedan ser autores del delito de desaparición forzada si actúan con la tolerancia o aquiescencia de agentes estatales. Las inconsistencias de la definición del delito en relación con la Declaración y otros instrumentos internacionales, de alguna manera moderadas por la jurisprudencia, contribuye a la impunidad en la vasta mayoría de los casos de desapariciones forzadas».

se negaron a brindar información sobre el paradero y situación de aquellas tanto a sus familiares como a las diversas autoridades estatales que iniciaron una investigación sobre los hechos, vulnerando así su deber de garante.

Si bien consideramos que el recurso a normas internacionales y jurisprudencia supranacional que realiza la sala para dotar de contenido el concepto de desaparición forzada es acertado y permite brindar una protección más garantista de los derechos humanos, resulta cuestionable también que dicho colegiado haya desaprovechado la oportunidad de precisar con mayor detalle los alcances de este delito de modo que su gravedad quede expuesta.

El delito de desaparición forzada fue definido desde la primera sentencia que emitió la Corte IDH en el caso del estudiante Manfredo Velásquez Rodríguez contra Honduras, como «una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar» (Corte IDH, 1988, párr. 155). En posteriores decisiones, la Corte IDH amplió o precisó el contenido de esa definición al enumerar sus elementos constitutivos<sup>10</sup> o detallar sus principales características. Por ejemplo, en el año 2013, siguiendo una tendencia forjada a lo largo de varios años, la Corte IDH señaló, en su sentencia para el caso Osorio Rivera contra Perú, que era posible concluir que «los actos constitutivos de desaparición forzada tienen carácter continuado o permanente, y que sus consecuencias acarrearán una pluriofensividad a los derechos de las personas reconocidos en la Convención Americana mientras no se conozca el paradero de la víctima o se hallen sus restos» (Corte IDH, 2013, párr. 115).

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, en su sentencia recaída en el caso Radilla Pacheco contra México, el tribunal precisó que este delito presentaba tres elementos concurrentes y constitutivos: a) la privación de la libertad del agraviado; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de estos; y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada.

Esta afirmación de la corte debe ser interpretada en el sentido de que la desaparición forzada de personas vulnera una serie de derechos y he allí su carácter pluriofensivo. La CIDH señaló, en el propio informe dirigido a Perú sobre las desapariciones de Chuschi, que ya la práctica de desaparición forzada había sido calificada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos como un crimen de lesa humanidad y que «estos procedimientos crueles e inhumanos constituyen no solo una privación arbitraria de la libertad, sino también un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad y la vida misma de la persona», además de subrayar que este delito «coloca a la víctima en un estado de absoluta indefensión con grave violación de los derechos de justicia, de protección contra la detención arbitraria y el proceso regular» (2000, p. 12).

Incluso la propia Sala Penal Nacional, en su sentencia del año 2006 para el caso del estudiante Ernesto Castillo Páez, desaparecido en octubre de 1990, señaló que:

[...] la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos, tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención entre otros (Meini, 2009, p. 117).

De igual manera, la sentencia señala que «la expresión “desaparición forzada de personas” no es más que el *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos» (Meini, 2009, p. 117).

Sin embargo, en la sentencia bajo comentario, la Sala Penal Nacional se limita a afirmar, de manera muy sucinta, que la desaparición forzada es un delito que lesiona el derecho a la personalidad jurídica, afirmación que representa un retroceso con respecto a jurisprudencia anterior de dicho tribunal, en tanto desmerece la gravedad que este delito involucra.

Como veremos más adelante, la omisión de la sala de resaltar la gravedad del delito que juzgaba repercutió en la imposición de sanciones y la determinación de reparaciones.

### 3.1.2. La desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad

Sobre este punto, la sentencia reconoce que el delito de la desaparición forzada, siempre que se dé en un contexto de ataques generalizados (masivos) o sistemáticos (que obedecen a un plan premeditado) contra la población civil, podrá ser considerado como un crimen de lesa humanidad, tal como indica el artículo 7 del Estatuto de Roma. Sin embargo, llama la atención que el colegiado señala que la imprescriptibilidad del delito se presenta al margen del contexto en que este se haya producido, destacando que el Ministerio Público no consideró a la desaparición forzada, en este caso, como un delito de lesa humanidad. Más allá de estas vagas referencias, no es posible identificar a lo largo de la sentencia ningún extremo en el que la sala afirme que las desapariciones de Chuschi califican como un delito de lesa humanidad.

Debe recordarse que, tanto en la sentencia de 2007 como la de 2014 del presente caso, se aplica el artículo 320 del Código Penal (delito de desaparición forzada), el cual forma parte del título XIV-A («Delitos contra la humanidad») del mismo código. Sin embargo, no utilizan la norma jurídica internacional consuetudinaria o de *jus cogens* que califica, en ciertos casos, como el de Chuschi, como crímenes de lesa humanidad. Asimismo, los elementos del artículo 320 precitado no son conformes con los del crimen de lesa humanidad.

En el Perú, la aplicación de normas jurídicas internacionales consuetudinarias o de *jus cogens* tiene como precedente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú de abril del año 2009 para calificar los casos Barrios Altos (ejecuciones extrajudiciales) y La Cantuta (desaparición forzada) como crímenes de lesa humanidad (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2009, considerandos 823-824). Ciertamente, en el proceso contra el expresidente Alberto Fujimori, no se aplicó el artículo 320 del

Código Penal debido a que este no es conforme con el tipo penal de lesa humanidad. Tampoco aplicó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ni la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, porque el tipo penal que establecen ambas convenciones, para los efectos de ellas, no corresponde con el crimen de lesa humanidad.

En nuestra opinión, esta omisión de la sentencia sobre el caso Chuschi no es menor. Para aquella época, tanto la CIDH como el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas, habían confirmado que en Perú las desapariciones forzadas se cometían bajo un patrón sistemático que caracterizaba la lucha antisubversiva emprendida por el Estado. En efecto, la CIDH señaló, en su informe para este caso, que:

[...] en el período 1989-1993 existió en Perú una práctica sistemática y selectiva de desapariciones forzadas, llevada a cabo por agentes del Estado peruano, o al menos tolerada por dicho Estado. La mencionada práctica oficial de desapariciones forzadas formó parte de la llamada lucha antisubversiva, sin perjuicio de que muchas veces afectó a personas que no tenían nada que ver con actividades relacionadas con grupos disidentes (CIDH, 2000, p. 8).

Por su parte, el Grupo de Trabajo llega a una conclusión similar al afirmar, en el marco de su visita al país durante el año 2015, que en comparación con su última misión al Perú en el año 1986 «se ha abandonado la política de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, incluidas las desapariciones forzadas» (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2016, p. 4, párr. 7).

Sin embargo, para la sala, este factor no ha sido relevante; pues, incluso cuando se remite a las conclusiones del informe final de la CVR que daban cuenta también de una situación sistemática de violaciones a los derechos humanos como política de lucha contrasubversiva del Estado, señala que dicho informe «debe ser tomado en cuenta como prueba de contexto que da cuenta que en el Perú existieron diversos casos

de desapariciones forzadas» y precisa «que sus conclusiones no vinculan en la decisión del Colegiado en la presente sentencia» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2014, f.j. 87-88).

En nuestra opinión, llegar a la conclusión contraria —es decir, que las desapariciones de Chuschi formaron parte de un contexto de desapariciones sistemáticas por parte del Estado durante el conflicto interno— hubiera generado importantes consecuencias a nivel probatorio y sancionatorio en la decisión de la sala para su sentencia.

A nivel probatorio, afirmar la existencia de un contexto como el mencionado, hubiera aligerado la carga probatoria que debía valorar la sala para determinar la responsabilidad penal de los acusados. Como se sabe, en los casos de desapariciones forzadas, tanto la prueba indiciaria como la testimonial cobran un papel protagónico en tanto se reconoce que, en estos casos, el Estado tiene un control especial sobre la evidencia de la violación e intenta eliminarla (Citroni, 2015, p. 395). En ese sentido, atendiendo al carácter sistemático y selectivo de las desapariciones forzadas en la época en que tuvieron lugar las violaciones de Chuschi, hubiera sido suficiente que la sala identifique un patrón de selección de las víctimas; por ejemplo, el hecho de que existieran sobre ellas solo sospechas de integrar filas subversivas.

En esa línea, la CIDH ha señalado que:

[...] una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma. Luego, y por virtud de la acción estatal, el petionario está privado de pruebas de la desaparición, pues esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas (CIDH, 2000, p. 11).

Haciendo frente a esta situación, la Corte IDH ha reconocido a través de su jurisprudencia que, por ejemplo, la existencia de una práctica represiva de desaparición forzada de personas «puede ser un elemento

de primera importancia para fundar, junto con otros indicios concordantes, la presunción judicial de que determinadas personas fueron víctimas de esa práctica» (1989, párr. 157). En la misma línea, el tribunal ha confirmado la posibilidad de que «la desaparición de un determinado individuo sea demostrada mediante pruebas testimoniales indirectas y circunstanciales, sumadas a inferencias lógicas pertinentes, así como su vinculación a una práctica general de desapariciones» (1998, párr. 49).

Apartándose de estos criterios, la Sala Penal Nacional, al evaluar la responsabilidad penal de los miembros del estado mayor de Huamanga, consideró que no existía prueba alguna que permitiera concluir con un grado de certeza que los acusados conocían de las detenciones de los agraviados en Chuschi o que se hubieran negado a dar información sobre el paradero de las víctimas.

Cabe resaltar que, incluso cuando el Ministerio Público ofreció medios probatorios para acreditar su acusación, los manuales militares que regían el ejercicio militar de los acusados en función a su posición al interior de la jerarquía castrense y en virtud de los cuales el Estado llevaba a cabo su política contrasubversiva contemplando violaciones generalizadas a los derechos humanos de la población civil, la sala concluyó que, en tanto estos no mencionaban de manera expresa que las desapariciones forzadas formaran parte de las operaciones a realizar por parte del ejército, no eran prueba suficiente para confirmar la responsabilidad penal de los encausados.

Sobre este punto, merece ser destacado el voto en discordia del magistrado Marco Cerna Bazán respecto a la responsabilidad penal del acusado Hugo Martínez, jefe político militar y jefe de la segunda división del ejército de Huamanga. En dicho voto, el magistrado Cerna señala que los manuales militares ofrecidos por el Ministerio Público «no prueban específicamente una responsabilidad penal en particular, sino que [...] explican y sustentan hechos como los acontecidos en Chuschi, es decir, la actuación militar en función de objetivos específicos predeterminados» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2014, p. 142).

De igual modo, Cerna se basa en importantes inferencias lógicas para concluir que Martínez Aloja, como jefe del comando político de Huamanga, tenía conocimiento de la negativa de las autoridades de Chuschi de conformar una ronda campesina y que esto resultó en su aprehensión por parte de los militares y policías que operaban en la localidad de Cangallo.

### **3.2. Sobre las medidas de reparación ordenadas por la Sala Penal Nacional**

Hacia el final de su fallo, la Sala Penal Nacional, tras identificar la responsabilidad penal de dos de los acusados, se pronuncia sobre la reparación civil que corresponde a los familiares de las víctimas. Inicialmente, la sala señala que la reparación civil «comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2014, pp. 121-122) y reconoce que, en casos como el que nos ocupa, al ser los derechos humanos materialmente invaluable, corresponderá determinar una forma de resarcimiento alternativa a favor de los herederos de las víctimas.

Sin embargo, la sala, párrafos más adelante, dispone fijar como reparación civil el monto de 20 mil nuevos soles, que deberá ser pagado de manera solidaria por cada uno de los responsables a favor de los herederos legales de cada uno de las víctimas.

Consideramos que esta decisión se aleja del sentido real de las reparaciones en materia de graves violaciones a los derechos humanos y pierde el eje sobre la necesidad y objetivo de resarcir a las víctimas. Sobre este tema, por ejemplo, el artículo 19 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1992, establece que «las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familiares deberán obtener reparación y tendrán derecho a ser indemnizadas de una manera adecuada y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible».

El Grupo de Trabajo, comentando los alcances de este artículo (cfr. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, s/f), ha señalado que la indemnización a favor de las víctimas y sus familiares debe buscar reparar todos los sufrimientos padecidos mientras duró la desaparición y que, además, debe ser proporcional a la gravedad de la misma, tomando en cuenta el tiempo que esta duró, así como las condiciones de la detención de los desaparecidos. De igual manera, señala que la obligación de indemnizar «se refiere a la atención y a la rehabilitación médica y psicológica por cualquier forma de daño físico o mental, así como a la rehabilitación legal y social, las garantías de que no se repetirán los actos, [...] y otras formas semejantes de restitución, satisfacción y reparación que permitan suprimir las consecuencias de la desaparición forzada» (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, s/f, pp. 15-16).

En similar sentido, la Corte IDH ha puesto énfasis en que, en los casos de desapariciones forzadas, las reparaciones deben estar destinadas a reparar el daño inmaterial sufrido por las víctimas y sus familiares, el cual es evidente por el profundo sufrimiento y angustia que llegan a ocasionar estas violaciones (2006, párr. 157-159); pero ha destacado también la necesidad de que, a manera de reparación, se continúe con la búsqueda de los desaparecidos o, en todo caso, la identificación de sus restos (2009, párr. 336) y se reconozca el derecho de los familiares a saber el destino de sus seres queridos y cerrar su proceso de duelo (2011, párr. 258; y 2014, párr. 564).

En ese sentido, corresponde que los fines de persecución penal que orientan el ejercicio de la justicia penal no prevalezcan sobre los fines humanitarios que deben guiar las decisiones en casos que involucran desapariciones forzadas.

Como lo expuso el Grupo de Trabajo en su informe sobre el Perú del año 2016: «El Perú ha optado por una estrategia de judicialización antes que una humanitaria para la búsqueda de personas» y ello se refleja sin duda en la decisión adoptada por la Sala Penal en el caso Chuschi.

Esto implica que este proceso penal se enmarca en una lógica «acusatoria» que involucra únicamente al Estado y a los acusados y deja de lado a las víctimas y sus necesidades.

Lejos de proponer la adopción de medidas que busquen determinar el paradero o destino de las víctimas, de quienes sus familiares perdieron el rastro hace más de 25 años, la sala se conforma con imponer a los sentenciados una sanción de 16 años de pena privativa de la libertad y ordenar el pago de una reparación que incluso en términos económicos deja grandes dudas con respecto a su idoneidad para indemnizar a las víctimas de forma justa.

#### 4. CONCLUSIONES

La sentencia en el caso Chuschi es un avance en la protección de los derechos humanos violados durante la época del conflicto armado interno en el Perú. Representa un progreso en materia de lucha contra la impunidad, pues permite identificar responsabilidades penales de altos mandos militares por violaciones cometidas hace más de 25 años, tomando como marco normativo no solamente la legislación interna, sino también las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano en materia de protección y promoción de los derechos humanos. En esa lógica, este es, sin duda, un fallo que reconocemos y valoramos.

Sin embargo, queda aún mucho trabajo pendiente sobre los hombros del Estado, el cual no terminará únicamente cuando este brinde una respuesta a los 2370 casos sobre desapariciones forzadas que aún permanecen abiertos sin solución (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2016, párr. 6), sino cuando se tomen acciones que claramente internalicen la gravedad de estos delitos y la necesidad de atender a las víctimas. Lo anterior no se ha logrado con la sentencia materia de análisis en el presente artículo. La Sala Penal Nacional deja pasar una oportunidad para imponer sanciones ejemplares en contra

de los responsables, que sean acordes con la gravedad de las acciones cometidas. Del mismo modo, la sala desaprovecha una ocasión única para reconocer que el caso en concreto es reflejo de cómo las desapariciones forzadas en la época del conflicto armado fueron una práctica sistemática que dio lugar a crímenes de lesa humanidad y que, en esa medida, no lesionó solo a los desaparecidos y sus familiares, sino a toda la humanidad en su conjunto, amenazando la paz, seguridad y bienestar del mundo entero (Comisión de Derecho Internacional, 2017).

## BIBLIOGRAFÍA

CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000). Informe N.º 47/00. Caso 10.908. Manuel Pacotaype Chaupin, Martín Cayllahua Galindo, Marcelo Cabana Tucno e Isaías Huamán Vilca. 13 de abril. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru10908.htm>.

Citroni, Gabriella (2015). The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights and Other International Rights Bodies to the Struggle Against Enforced Disappearance. En Yves Haeck, Oswaldo Ruiz-Chiriboga y Clara Burbano-Herrera (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future* (pp. 377-401). Cambridge: Intersentia.

Comisión de Derecho Internacional (2015). Primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. 15 de febrero. A/CN.4/680.

Comisión de Derecho Internacional (2017). Crímenes de lesa humanidad. Texto y título del proyecto de títulos, preámbulos, artículos y anexos adoptados por el Comité de Redacción en primera lectura. 26 de mayo. Recuperado de [http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.892&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/7\\_7.shtml&Lang=S](http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.892&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/7_7.shtml&Lang=S).

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2016). *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias sobre su misión al Perú*. 8 de julio. Recuperado de <http://acnudh.org/informe-del-grupo-de-trabajo-sobre-las-desapariciones-forzadas-o-involuntarias-mision-al-peru/>.

- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (s/f). *Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. Recuperado de [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralComments/Disappearances\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralComments/Disappearances_sp.pdf) (consultado el 23 de noviembre de 2017).
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2008). *La desaparición forzada en el Perú. Problemática y desafíos en el proceso de justicia post-Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Disponible en [http://www.verdadyreconciliacionperu.com/admin/files/articulos/349\\_digitalizacion.pdf](http://www.verdadyreconciliacionperu.com/admin/files/articulos/349_digitalizacion.pdf) (consultado el 3 de noviembre de 2017).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo. Serie C, N.º 4. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989). Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras. Sentencia del 15 de marzo de 1989. Fondo. Serie C, N.º 6. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_06\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_06_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997). Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia del 3 de noviembre. Fondo. Serie C, N.º 34. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_34\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998). Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia del 24 de enero de 1998. Fondo. Serie C, N.º 36. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_36\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia del 22 de setiembre de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, N.º 153. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_153\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, N.º 209. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf).

- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Fondo y reparaciones. Serie C, N.º 221. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, N.º 274. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_274\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_274_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, N.º 287. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_287\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf).
- Corte Suprema de Justicia del Perú (2007). RN 1598-2007-LIMA, Sala Penal Permanente (sentencia del 24 de setiembre). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a2f1f4804bf443eeab25bf3aa702a2d1/SPP+R.N.+N%C2%BA+1598-2007+-+CHUSCHI+-+Lima.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a2f1f4804bf443eeab25bf3aa702a2d1>.
- Corte Suprema de Justicia del Perú (2009). Expediente AV 19-2001, Sala Penal Especial (sentencia del 7 de abril). Recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j\\_20101107\\_05.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf).
- Corte Suprema de Justicia del Perú (2014). Expediente 924-2008, Sala Penal Nacional (sentencia del 15 de diciembre).
- CVR - Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). *Informe final*. Lima: CVR.
- Meini, Iván (2009). Capítulo V. Perú. En Kai Ambos (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional* (pp. 105-131). Bogotá: Temis.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2004). Expediente 2488-2002-HC/TC, Genaro Villegas Namuche, sentencia del 18 de marzo. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>.

Fondo Editorial PUCP

## CASO ACCOMARCA

### LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD Y SU RELEVANCIA POSCONFLICTO ARMADO INTERNO<sup>1</sup>

Valeria Reyes

#### FICHA DEL CASO

1985	1986	1995	2002	2016
14 de agosto	11 de marzo	19 de junio	11 de enero	31 de agosto
Las fuerzas armadas planifican y ejecutan la masacre de Accomarca, Ayacucho.	La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve a favor de que el caso se revise en el Fuero Privativo Militar.	Telmo Hurtado, uno de los principales implicados, se acoge a una de las leyes de amnistía.	El Consejo Supremo de Justicia Militar declara nula la ejecutoria que reconoce el beneficio de la amnistía en favor de Telmo Hurtado.	La Sala Penal Nacional emite sentencia en primera instancia sobre el caso Accomarca, para la cual son incorporados otros acusados.

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, la autora recibió los aportes de Félix Reátegui, además de los comentarios del equipo de investigadores.

## RESUMEN

En este informe se analiza la sentencia de la Sala Penal Nacional para el caso de la masacre de Accomarca, planificada y ejecutada por determinados miembros de las fuerzas armadas el 14 de agosto de 1985. A través de esta emblemática decisión, la Sala Penal Nacional declaró penalmente responsables del delito de asesinato agravado en perjuicio de 61 víctimas, a 10 miembros de la segunda división de infantería de Huamanga (Ayacucho), tanto en calidad de autores mediatos, como de autores directos.

El colegiado sostuvo que los delitos cometidos por los perpetradores eran equiparables a crímenes de lesa humanidad y confirmó que estos formaban parte de la política de lucha antisubversiva que en aquella época fue adoptada por las fuerzas militares en determinadas zonas de emergencia que habían sido especialmente afectadas por el conflicto armado interno. De igual manera, la sala señaló que los argumentos expresados por los responsables, dirigidos a excluir su responsabilidad sobre la base del desconocimiento de los hechos o por haber seguido órdenes superiores, no eran oponibles en este tipo de casos que involucraban graves violaciones a los derechos humanos.

Es innegable que este fallo, pese a no ser todavía de carácter definitivo, por tratarse de una sentencia emitida en primera instancia, representa un hito en la historia de la lucha contra la impunidad posconflicto armado en el Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del caso Accomarca fue expedida por la Sala Penal Nacional el 31 de agosto de 2016, en el marco de un proceso penal que se desarrolló a lo largo de 11 años. Su relevancia es notable, pues brinda por primera vez desde la justicia penal ordinaria, una confirmación de los hechos que tuvieron lugar en la localidad de Llocllapampa, distrito de Accomarca, departamento de Ayacucho, el 14 de agosto de 1985.

El caso en particular concentró la atención e interés de diversos actores de la sociedad civil, la academia, funcionarios públicos, entre otros, pues se trataba de una masacre cometida por miembros de las fuerzas armadas que integraban la segunda división de infantería de Ayacucho y que trajo como fatídico resultado el asesinato de 61 personas, entre ancianos, ancianas, mujeres, hombres, niños y niñas que vivían en la quebrada de Llocllapampa. Poco tiempo después de sucedidos los hechos, la situación se hizo pública y empezó una batalla que duró más de 30 años y que estuvo liderada por parte de las víctimas sobrevivientes y sus familiares para reclamar al Estado el reconocimiento de las violaciones de que fueron objeto y la impartición de justicia.

A lo largo de todo ese tiempo, la vigencia de una absurda impunidad se extendió entre los órganos del Estado llamados a iniciar investigaciones justas y objetivas que tuviesen por fin último el esclarecimiento de la verdad, la sanción de los responsables y la reparación de las víctimas. Tal como sucedió con otros sucesos de similar naturaleza acontecidos durante la época del conflicto armado interno en el Perú, no existió una respuesta del Estado y las víctimas tuvieron que cargar no solo con el peso de su dolor, sino con la indiferencia de un Estado que se encontraba jurídicamente obligado a proteger sus derechos.

La sentencia de la Sala Penal Nacional representa un triunfo no solo a favor de las víctimas y la lucha que emprendieron para alcanzar justicia, sino a favor de una sociedad que sigue trabajando para lograr la reconciliación posconflicto. Esta decisión, además de ser la primera emitida por la justicia ordinaria que condena a altos mandos militares por violaciones de derechos humanos cometidos durante la época más letal del conflicto armado interno, ha representado un importante avance al resolver una controversia jurídica compuesta por diversas aristas, que incorpora estándares altamente protectores de los derechos humanos y desarrollados no solo por la jurisprudencia del TC, sino también desde el derecho internacional de los derechos humanos aplicado por órganos supranacionales.

## 2. DESARROLLO DEL CASO

### 2.1. Contexto sociopolítico

El proceso seguido por la Sala Penal Nacional se enmarca en un contexto en el que la impunidad, tras las graves violaciones de derechos humanos cometidas por agentes del Estado durante el conflicto armado interno, era la regla con la que actuaba el Poder Judicial. El caso de *Accomarca* grafica con claridad el desinterés que durante 30 años mostró el Estado frente a su deber de llevar justicia a las víctimas, a través de un proceso realizado con las debidas garantías que permita, por un lado, identificar y sancionar a los responsables y, por otro, reparar a las víctimas y sus familiares.

Como será visto más adelante, fueron varios los intentos que se realizaron desde el Estado con el objetivo de sustraer de la justicia a miembros de las fuerzas armadas sobre los cuales recaían sólidas sospechas de haber cometido graves afectaciones a los derechos humanos. Por más de 30 años, las víctimas y sus familiares tuvieron que lidiar con la desidia de la justicia peruana y aceptar, en su momento, que el proceso sea tramitado en el Fuero Militar y que, posteriormente, se apliquen leyes inconstitucionales de amnistía a favor de uno de los perpetradores.

En esa medida, la sentencia del caso *Accomarca* se convierte en un fallo destacable que por primera vez en la historia atribuye responsabilidad penal en toda la línea de mando militar por delitos cometidos en la década más letal del conflicto correspondiente a los años ochenta (Quinteros, 2016), afirmando, además, que tales delitos —por la gravedad que ostentan y las características que los configuran— son equiparables a los crímenes de lesa humanidad.

Al remontarse a aquel periodo, esta decisión confirma, a nivel judicial, varias de las conclusiones que adoptó la CVR a través su informe final, vinculadas principalmente a la existencia de una política estatal antisubversiva que daba carta abierta a las fuerzas militares para

atropellar los derechos humanos también de personas civiles que no se encontraban relacionadas con el conflicto armado interno.

Bajo dicha premisa, además, la sala destruye una falsa verdad creada para explicar los sucesos en Accomarca, la cual buscaba responsabilizar por esta masacre únicamente a Telmo Hurtado Hurtado, bajo el argumento de que actuó por su propia voluntad y de forma aislada, en un ejercicio desmedido e ilegal de sus funciones como subteniente. Así, la sala confirma que los asesinatos en Accomarca fueron parte de una cadena de actuación que inició con decisiones adoptadas al interior del estado mayor operativo del cuartel Los Cabitos.

De esta manera, el colegiado, recurriendo a un modelo de atribución de responsabilidad internacional que ya había sido utilizado en los casos de Abimael Guzmán y Alberto Fujimori, procura sancionar a todos los responsables de la masacre en Accomarca y no solo a los autores materiales, con lo cual consolida una línea jurisprudencial adoptada también por la Corte Suprema de Justicia para vulneraciones a los derechos humanos cometidas en el marco del conflicto armado peruano. Es precisamente esta línea de jurisprudencia la que debería guiar las futuras decisiones de la justicia peruana en casos que aún se encuentran pendientes de solución por violaciones cometidas durante dicho periodo.

## **2.2. Descripción del caso**

### **2.2.1. Los hechos del caso**

El 14 de agosto de 1985, 61 campesinos de la quebrada de Huancayoc, distrito de Accomarca, en el departamento de Ayacucho, fueron asesinados por miembros de las fuerzas armadas del Perú. Los responsables se encontraban en dicha localidad ejecutando una operación militar denominada «plan operativo Huancayoc».

Ya desde agosto de aquel año, miembros del estado mayor operativo del cuartel general Domingo Ayarza (Los Cabitos), liderados por el general de brigada y jefe político militar de la zona, Wilfredo Mori Orzo,

habrían recibido información sobre la existencia de una «compañía Accomarca» perteneciente a Sendero Luminoso y una posible reunión de altos mandos senderistas en dicha localidad para recibir instrucciones.

En tal escenario, Mori Orzo, junto con otras autoridades del ejército de la zona como el coronel de infantería EP Nelson Gonzales Feria, el teniente coronel de infantería EP César Martínez Uribe Restrepo y el teniente coronel de infantería EP Carlos Darío Pastor Delgado Medina, idearon los detalles del plan Huancayoc, el cual tenía por objetivo capturar y/o eliminar a los presuntos terroristas ubicados en el distrito de Accomarca. Sobre la base de la información proporcionada por Filomeno Chuchón Ticse (camarada «Genaro»), militante de Sendero Luminoso que fue detenido por las fuerzas armadas apenas unos días antes, las autoridades militares decidieron considerar como presuntos terroristas a todas las personas que se encontraban en la quebrada de Huancayoc.

Una vez diseñado el plan, el 12 de agosto de 1985, los miembros del estado mayor se reunieron con quienes liderarían las patrullas encargadas de ejecutarlo para explicarles los alcances y detalles de la operación. El subteniente Telmo Hurtado Hurtado fue designado líder de la patrulla «Lince Siete», mientras que el teniente de artillería Juan Manuel Rivera Rondón, lo fue de la patrulla «Lince Seis». Participarían también de la operación las patrullas «Tigre» y «Lobo». Parte de la información que recibieron fue que Accomarca era una «zona roja» y que no tenía pobladores, de modo que debía operar una presunción de que todos los presentes en esa localidad podían ser senderistas.

La ejecución del plan iniciaría con la partida de las patrullas el 13 de agosto por la mañana. Momentos antes de ello, César Martínez contactó a Telmo Hurtado y le dio la indicación verbal de que el objetivo de la operación era eliminar a todos los pobladores de Llocllapampa, en la quebrada de Huancayoc. Para poder identificar a los objetivos, le entregaría al camarada «Genaro» como guía quien, una vez terminada la operación, debía también ser eliminado.

Aproximadamente a las 6:30 a. m. del 14 de agosto, Telmo Hurtado y su patrulla «Lince Siete» llegaron a la quebrada de Huancayoc e ingresaron a todas las chozas que encontraron, sacando con violencia a hombres, mujeres, niños y ancianos de sus hogares bajo el argumento de que se iba a realizar una asamblea en la localidad y que estaban obligados a asistir. Cuando los tuvieron reunidos, fueron identificados como terroristas y sometidos a interrogatorios donde se les maltrató físicamente. Tras ello, los separaron en dos filas, una de hombres y otra de mujeres y los obligaron a ingresar a tres ambientes distintos de una misma choza de propiedad de César Gamboa.

Telmo Hurtado ordenó a los miembros de su patrulla disparar contra ellos por un tiempo prolongado y, posteriormente, lanzó una granada contra la choza, provocando que esta explote y se incendie con todas las personas que estaban ahí dentro. Un tiempo después, ordenó a sus subordinados recoger los casquillos de balas que pudieran estar presentes en la zona.

Cuando llegó la patrulla «Lince Seis», dirigida por Rivera Rondón, la mayor parte de los asesinatos ya se había consumado, por lo que estos se encargaron de prender fuego a los cadáveres que encontraron en la casa de César Gamboa y continuar con la búsqueda de sobrevivientes a la masacre: mujeres, hombres, niños y ancianos que fueron luego encerrados en varias viviendas y ejecutados extrajudicialmente mediante disparos. Tras los asesinatos, las viviendas eran rociadas con combustible e incendiadas.

Hacia el cierre de la intervención, el camarada «Genaro» fue asesinado por Telmo Hurtado en su intento de huir.

### **2.2.2. Desarrollo de la sentencia y resolución**

Los hechos descritos fueron judicializados en el año 2005, cuando el Tercer Juzgado Penal Supra Nacional abrió proceso penal tras haber sido formalizada la denuncia de la Fiscalía Provincial Especializada en Derechos Humanos, Desapariciones Forzadas, Ejecuciones Extrajudiciales y Exhumación de fosas clandestinas de Ayacucho.

La principal controversia que debía resolver la justicia peruana era, por un lado, si podían considerarse comprobados los hechos que dieron lugar a la masacre de Accomarca y, por otro, si estos representaban graves violaciones a los derechos humanos que pudieran ser imputadas no solo a los autores materiales de los delitos, sino también a los militares que conformaban la cúpula de poder en la región. Ciertamente, esta tarea no era menor. Habían transcurrido más de 20 años desde los sucesos y era urgente llevar justicia a las víctimas.

El 31 de agosto de 2016, la Sala Penal Nacional dictó sentencia (expediente 036-05) en primera instancia y afirmó que existía material probatorio suficiente para acreditar que en Accomarca se había perpetrado el delito de asesinato agravado en contra de 61 víctimas. Asimismo, agregó que, si bien en respeto del principio de legalidad los hechos habían sido judicializados a través del tipo penal de asesinato bajo las normas penales vigentes al momento en que fueron cometidos, aquellos configuraban graves violaciones a los derechos humanos compatibles con crímenes de lesa humanidad.

En atención a ello, decidió sentenciar por delito de asesinato agravado en calidad de autores mediatos a Wilfredo Mori Orzo, Nelson Gonzales Feria y Carlos Pastor Delgado Medina, cada uno de los cuales fue condenado a una pena privativa de libertad de 25 años. Por otro lado, la sala sentenció como autores materiales del delito de asesinato a Telmo Hurtado, Juan Rivera Rondón, Francisco Marcañaupa, Remo Daniel, Pedro Amaya, Vicente Chupán y Clíder Venancio. Mientras que Hurtado recibió una pena privativa de libertad de 23 años, Rivera Rondón fue sancionado con 24 años de cárcel; al resto les fue impuesta una pena privativa de libertad de 10 años.

Debe advertirse que la Sala Penal Nacional reservó el juzgamiento de 11 encausados<sup>2</sup> por encontrarse ausentes o en calidad de reos contumaces,

---

<sup>2</sup> Los encausados con relación a los cuales el juzgamiento ha sido reservado son el oficial del ejército David Eduardo Castañeda Castillo y el personal de tropa conformado por:

esto hasta el momento en que sean habidos y puestos a disposición de las autoridades judiciales.

### **3. IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA**

#### **3.1. Justicia penal y lucha contra la impunidad**

Uno de los aportes que resulta destacable en la sentencia de la Sala Penal Nacional es su apuesta por emitir un fallo que ponga por fin un alto a las prácticas de impunidad que habían sido respaldadas por muchos años desde el Estado a favor de los perpetradores de la masacre.

En efecto, la impunidad con la que se abordó este caso desde la justicia peruana fue manifiesta. No solo se buscó excluir de la justicia a la mayoría de los responsables de las violaciones cometidas haciendo recaer toda la responsabilidad en Telmo Hurtado Hurtado, sino que también se permitió que este sea sometido a un proceso judicial ante el Fuero Militar cuyo resultado no era acorde con la gravedad de las afectaciones cometidas. Hurtado además se benefició de una amnistía inconstitucional.

En 1985, tras ocurridos los hechos, tanto la Sala del Consejo de Guerra Permanente de la Segunda Zona Judicial del Ejército, como la justicia penal ordinaria de Huamanga, abrieron procesos en contra de Telmo Hurtado, Juan Rivera Rondón y algunos otros implicados<sup>3</sup> en la masacre de Accomarca, lo que ocasionó un conflicto de competencias. Frente a ello, el Consejo de Guerra de la Segunda Zona Judicial del Ejército inició una contienda de competencia con el objetivo de que dichos hechos fueran procesados en el Fuero Privativo Militar.

---

Héctor Castro Ramos, Víctor Julca Cayetano, Walter Delgado Rodríguez, Hugo Arratea Pérez, Bernal Flores Consuelo, Hugo Aquiles Salcedo Gómez, Eugenio Cruz García, Teófilo Fortunato Amaru Rivera, José Contreras Paulino y Roberto Contreras Matamoros.

<sup>3</sup> Fueron señalados también como Ricardo Sotero Navarro, David Castañeda Castillo y Guillermo Paz Bustamante y los miembros de la patrulla «Lince Siete».

Tal recurso fue resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 11 de marzo de 1986 a favor del Fuero Privativo Militar, declarando que únicamente el Consejo de Guerra Permanente tenía competencia para pronunciarse sobre los hechos.

El proceso ante el Fuero Privativo Militar arrojó como resultado el sobreseimiento de la causa a favor de todos los encausados, salvo Telmo Hurtado, quien fue sentenciado únicamente por el delito de abuso de autoridad a cumplir una condena de pena privativa de libertad por un periodo de seis años y a pagar una reparación civil ascendente a S/.500 nuevos soles (lo equivalente a USD 160).

En junio de 1995, Telmo Hurtado se acogió a una de las leyes de amnistía (ley 24679) promulgadas por el gobierno de Fujimori. Con la sentencia de la Corte IDH en el caso Barrios Altos, en 2001, dicha ley de amnistía fue declarada nula, motivo por el cual, el 11 de enero de 2002, el Consejo Supremo de Justicia Militar declaró también nula la ejecutoria que reconocía el beneficio de la amnistía en favor de Hurtado dejando abierta la posibilidad de que se inicie un proceso con las debidas garantías que permita aplicar una justicia real.

A pesar que Telmo Hurtado opuso como parte de su defensa la existencia de una violación al principio de *ne bis in idem* para argumentar que no podía ser procesado nuevamente en un proceso penal ordinario, pues ya habría sido sancionado en el proceso anterior del cual fue amnistiado, la Sala Penal Nacional encontró sólidos fundamentos para contradecir dicha posición, los cuales podemos resumir en las siguientes premisas:

- El principio de *ne bis in idem* no es absoluto y puede excluirse cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales.
- El principio de *ne bis in idem* admite excepciones cuando se acredite que la justicia no ha sido administrada en forma legítima.
- La Sala Penal Nacional está legitimada para autorizar el ejercicio de su propia competencia incluso si la discusión ya ha sido abordada por la Corte Suprema de Justicia.

### 3.1.1. *Ne bis in ídem* y el derecho a la verdad

En el caso en concreto, existía una aparente tensión entre el principio de *ne bis in ídem* y el derecho a la verdad de las víctimas. Ello se debía a que, aun cuando era cierto que este principio prohíbe que una persona sea sancionada dos veces por un mismo acto, el proceso original, que había concluido en una sentencia en contra de Telmo Hurtado, no satisfacía el derecho a la verdad de las víctimas. Como se ha referido, dicho proceso no permitía que estas conozcan la verdad sobre los sucesos de la masacre de Accomarca.

Con relación a este punto, la sala indica en su fallo que el principio de *ne bis in ídem* se encontraría limitado por el derecho de las víctimas y sus familiares a ser reparados; pero, sobre todo, por su derecho a la verdad, entendido como el derecho a «obtener de los órganos del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios de los derechos humanos y las responsabilidades correspondientes, a través de la correcta investigación y juzgamiento»<sup>4</sup>.

El derecho a la verdad emerge rápidamente como un estándar esencial cuando se trata de violaciones a los derechos humanos (Doak, 2011, p. 274) y ha sido plenamente reconocido tanto a nivel internacional como nacional, pese a no estar expresamente recogido en normas internacionales o en la Constitución Política del Perú.

La CIDH y la Corte IDH han determinado el contenido de este derecho y confirmado el deber de protegerlo que recae sobre los Estados, a partir de un análisis integral de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH, 2014, párr. 53). Al respecto, han indicado que este derecho se encuentra relacionado con las garantías judiciales, protección judicial y acceso a la información previstos en ambos instrumentos y que tiene una doble dimensión. Por un lado, abarca el derecho

---

<sup>4</sup> Al respecto, ver la sentencia de la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco vs. México (2009, párr. 180).

de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad sobre las violaciones de las que fueron objeto y, por otro, genera el deber de los Estados de esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a los responsables de aquellas violaciones (CIDH, 2014, párr. 69-70).

Por su parte, el TC ha señalado que se trata de un derecho plenamente protegido, que ostenta rango constitucional y que deriva del principio de dignidad humana. Sobre esa base, el TC ha definido al derecho a la verdad como el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos, sus familiares y allegados, así como del pueblo peruano en general, de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que tales violaciones se hayan cometido y que tiene como contrapartida el deber del Estado de investigar e informar sobre dichos acontecimientos (TC, 2004, párr. 8-20).

No puede haber justicia sin verdad. El proceso seguido en el Fuero Militar no tenía por objetivo lograr el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables; por el contrario —como será analizado luego— buscaba que estos sean sustraídos de la acción de la justicia, llegando incluso a justificar los delitos de los responsables en que estos habían actuado de acuerdo al *modus operandi* del ejército en aquellas épocas como parte de la lucha antisubversiva. La búsqueda de la verdad no es un objetivo menor en procesos que tienen que ver con graves violaciones de los derechos humanos y ello ha sido entendido y reafirmado por la Sala Penal Nacional a través de su sentencia. Como ha sido señalado por el exrelator especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Theo Van Boven, «solo la revelación pública y completa de la verdad hace posible que se satisfagan los requisitos básicos de los principios de la justicia» (Van Boven, 1993, p. 130; traducción nuestra).

Por lo expuesto, la sala concluye que, en este caso, el derecho a la verdad de las víctimas debía prevalecer sobre el principio de *ne bis in idem*.

### 3.1.2. *Ne bis in ídem* y la administración legítima de justicia

Por otro lado, el colegiado, tomando como punto de partida los postulados del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia del TC, reconoce como otra de las excepciones del principio de *ne bis in ídem* el que en el proceso inicial no se haya administrado justicia de forma legítima y subraya que son tres los procesos que, en función a ello, pueden ser considerados ilegítimos: los que no fueron imparciales e independientes, los destinados a sustraer a los acusados de la responsabilidad penal internacional y los que no fueron conducidos con diligencia.

Parte de los argumentos propuestos por la Sala Penal Nacional para defender la ilegitimidad del proceso seguido ante el Fuero Privativo Militar se relaciona con que los hechos analizados fueron calificados como delitos de función, cuando, según el colegiado, por definición, los crímenes horribles y atentados graves contra los derechos humanos nunca pueden ser considerados como tales. En esa misma línea, el TC ha desarrollado su jurisprudencia afirmando que los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud son de naturaleza ordinaria y, en consecuencia, no pueden ser procesados por la justicia militar<sup>5</sup>.

Lo anterior permite, en el correcto entendimiento de la Sala Penal Nacional, considerar que el Fuero Privativo Militar nunca tuvo competencia para pronunciarse sobre los hechos de Accamarca, motivo por el cual sus decisiones no son resultado de un proceso legítimo que impida que la justicia penal ordinaria se pronuncie.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han referido a la falta de idoneidad de los fueros militares para procesar delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos. En particular, la Corte IDH ha evidenciado que la justicia militar muchas veces se ha aplicado

---

<sup>5</sup> Sentencias del TC recaídas en los expedientes 0012-2006-PI/TC y 00916-2009-PHC/TC. Ambos fallos han sido citados por la Sala Penal Nacional en su sentencia para el caso Accamarca.

con la finalidad de formalizar la impunidad en casos que involucran graves violaciones a los derechos humanos (Salmón & Blanco, 2012, p. 146) y ha destacado que esta no garantiza la presencia de un juez competente, independiente, imparcial y natural.

De este modo, la jurisprudencia de la Corte IDH identifica un límite al ejercicio de la competencia de la justicia militar cuando se trate de violaciones de derechos humanos, tales como las ejecuciones extrajudiciales cometidas en Accomarca; pues, según refiere el tribunal, la gravedad de dichos delitos y los bienes jurídicos que con ellos se lesionan exige que sea la justicia penal ordinaria la competente para determinar responsabilidades penales individuales<sup>6</sup>. De igual manera, la Corte IDH ha buscado también proteger los intereses de las personas civiles que pueden en ocasiones ser víctimas de estas afectaciones y, en esa línea, ha indicado que aquí la competencia militar observa un límite personal; pues, si bien se encuentra habilitada para procesar a militares en actividad, no lo está para resolver procesos que involucran a víctimas civiles<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Al respecto, puede consultarse las sentencias de la Corte IDH en: caso 19 Comerciantes vs. Colombia (fondo, reparaciones y costas; sentencia del 5 de julio de 2004; serie C, N.º 109); caso de la «masacre de Mapiripán» vs. Colombia (sentencia del 15 de setiembre de 2005; serie C, N.º 134); caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 26 de setiembre de 2006; serie C, N.º 154); caso La Cantuta vs. Perú (fondo, reparaciones y costas; sentencia del 29 de noviembre de 2006b; serie C, N.º 162); y caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 26 de noviembre de 2010; serie C, N.º 220).

<sup>7</sup> Al respecto, la Corte IDH afirma que: «[...] cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (supra párr. 247). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario» (2009, párr. 275).

Todo lo anterior ha sido comprendido y aplicado plenamente por la Sala Penal Nacional en su fallo. El tribunal concluye que estaba acreditada la falta de competencia, independencia e imparcialidad del Consejo Supremo de Guerra para juzgar a los responsables de la masacre de Accamarca, lo que hacía devenir en irregulares los procesos seguidos en dicho fuero, pues no daban cumplimiento a la obligación del Estado de esclarecer y determinar responsabilidades frente a graves violaciones de derechos humanos<sup>8</sup>.

### 3.1.3. La Sala Penal Nacional está legitimada para autorizar el ejercicio de su propia competencia

La defensa de Hurtado planteó como argumento que, incluso si teóricamente era correcto que el fuero idóneo para investigar y procesar los hechos cometidos en la masacre de Accamarca era el de la justicia penal ordinaria y no la justicia militar, dicho conflicto de competencias había sido sometido ya a decisión de la Corte Suprema de Justicia, la cual había decidido reconocer la competencia del Fuero Militar, por lo que la Sala Penal no tendría fundamento para pronunciarse en este caso.

Al respecto, el colegiado, en lo que representa a nuestro entender una clara muestra del su objetivo de impedir que la impunidad siga vigente en este caso, señaló lo siguiente:

[a] criterio del Colegiado Juzgador no es óbice para el criterio afinado precedentemente, el que en su momento, la Corte Suprema de Justicia de la República haya dirimido la competencia a favor del Fuero Privativo Militar, en razón que *ello por sí mismo no enerva la manifiesta incompetencia, ni la carencia de independencia e imparcialidad de dicho fuero privativo*, máxime si tal pronunciamiento entra

---

<sup>8</sup> Esta obligación ha sido desarrollada también por la Corte IDH. Al respecto, puede consultarse, entre otros, el caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Corte IDH, 2001b, párr. 186), el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (Corte IDH, 2001b, párr. 123) y el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Corte IDH, 2001b, párr. 211), todos ellos citados en Ventura, 2005.

en colisión con la línea jurisprudencial consolidada que al respecto han afinado tanto la propia Corte Suprema de Justicia, como el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SPN, 2016, f.j. 58; cursivas nuestras).

Con dicha afirmación, la Sala Penal Nacional sienta un precedente importante que habilita a la justicia penal ordinaria a pronunciarse en casos que ya han sido resueltos —de forma fraudulenta— por la justicia militar, como consecuencia de decisiones emitidas en contiendas de competencia iniciadas por el Fuero Militar<sup>9</sup>. Esto permite que el Estado peruano cumpla con su deber internacional de luchar contra la impunidad, no solo como una garantía de que actos de esa naturaleza no volverán a repetirse (garantía de no repetición), sino también como parte de su obligación de llevar una justicia real a las víctimas en un contexto en el que estas han tenido que enfrentar el desinterés y la desprotección del Estado<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Cabe destacar que, durante la época del conflicto armado interno, fueron iniciados varios recursos de contienda de competencia con la intención de que la investigación de graves violaciones a derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas armadas sea conocida en el Fuero Militar y no en la justicia ordinaria.

<sup>10</sup> Debe mencionarse que, adicionalmente a la impunidad que rigió en el caso de Accomarca por décadas después de cometidos los hechos, la justicia ordinaria también mostró importantes deficiencias que afectaron los intereses de las víctimas y sus familiares. Al respecto, Jo-Marie Burt señala que: «El entusiasmo en los procesos de derechos humanos en Perú estuvo opacado por la realidad cada vez mayor de los serios problemas existentes en el proceso de justicia penal en Perú, incluyendo: el ritmo lento de las investigaciones en el Ministerio Público, la débil formulación en las acusaciones y la recolección de evidencia por parte de los fiscales del Estado, las negativas persistentes del Gobierno y de los oficiales del Ejército a proveer acceso a información necesaria para identificar a los supuestos responsables e ir adelante con las investigaciones penales, y la aplicación de conceptos jurídicos cuestionables que han conspirado para menoscabar el éxito temprano de la lucha del Perú para pedirles cuentas a los culpables por violaciones de los derechos humanos. Este escenario se ha complicado más por el ambiente político hostil en cuando a los procesos por derechos humanos bajo el segundo Gobierno de Alan García» (2011, p. 333).

### **3.2. Sobre la vigencia de los derechos humanos en un contexto de conflicto armado interno**

La Sala Penal Nacional reconoce la existencia de un conflicto armado interno en Perú desde la década de los ochenta; sin embargo, no se vale del derecho internacional humanitario como marco normativo para contextualizar los delitos cometidos en la masacre de Accomarca. Con ello, la sala se aleja del análisis realizado en la sentencia emitida contra Abimael Guzmán y otros exlíderes de Sendero Luminoso, particularmente en relación con la masacre de Lucanamarca. En este último caso, la Sala Penal Nacional reconoció también la existencia de un conflicto armado interno y elaboró una contundente línea de argumentación en función a dicho contexto para justificar la responsabilidad penal de los actores mencionados, valiéndose para ello de las normas y principios que integran el derecho internacional humanitario (SNP, 2006, pp. 130-138).

Lejos de utilizar el derecho internacional humanitario como parámetro de evaluación e interpretación, el colegiado opta, en este caso, por referirse a la obligación general del Estado de garantizar el derecho a la vida en su territorio, recurriendo para ello, a las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Sobre dicha base, la Sala Penal Nacional indica que el Estado tiene el deber de prevenir y castigar la privación arbitraria del derecho a la vida, incluso cuando esta es cometida por sus propias fuerzas de seguridad. En el mismo sentido, señala el tribunal que el Estado no puede justificar una violación del derecho a la vida en circunstancias tales como la protección de la seguridad pública, el bien común, la seguridad nacional, ni ninguna otra causa de similar naturaleza.

A través de dicha afirmación, la sala confirma que los derechos humanos deben ser respetados y garantizados independientemente de que exista al interior del Estado una situación de emergencia, como lo es un conflicto armado. Dicha premisa se ve confirmada, por ejemplo,

cuando el colegiado sostiene que el Estado tiene el derecho de salvaguardar su propia seguridad, pero sin que ello le dé carta blanca para violar derechos humanos. Sin lugar a dudas esta afirmación es plausible.

El principal problema en este extremo de la sentencia surge debido a que el tribunal, pese a confirmar la existencia de un conflicto armado, decide calificar las ejecuciones extrajudiciales perpetradas por los responsables como crímenes de lesa humanidad, sin brindar una mayor explicación de por qué estos no configurarían crímenes de guerra, entendidos como graves violaciones al derecho internacional humanitario.

En nuestra opinión y conforme a la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en casos como el del exvicepresidente de la república centroafricana, Jean Pierre Bemba, cuando durante un conflicto armado se cometen hechos que en principio podrían dar lugar a crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, pueden tomarse como criterios para diferenciar estos crímenes, por un lado, la forma en que estos son perpetrados y, por otro, su relación con el conflicto (Corte Penal Internacional 2016, pp. 52-78). De esta manera, mientras que los crímenes de lesa humanidad, como será visto más adelante, exigen ser cometidos como parte de un ataque sistemático o generalizado dirigido contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque (forma), los crímenes de guerra deben ser cometidos en relación cercana y directa con el conflicto armado en el que se enmarcan (relación con el conflicto).

El reconocimiento por parte de la sala de la existencia de un conflicto armado interno sirve para la construcción de una verdad histórica. Sin embargo, el tribunal no aclara mediante argumentos firmes por qué este ataque contra población civil que no participaba directamente de las hostilidades y que, en consecuencia, no podía ser atacada (Melzer, 2010, pp. 70-71) no es un crimen de guerra. Por el contrario, la sala califica los hechos como crímenes de lesa humanidad de forma automática y, aun cuando se pronuncia sobre los requisitos que esta categoría exige, no analiza ninguno de ellos a la luz de los hechos del caso en concreto.

Cómo aplicar los criterios para establecer diferencias entre los crímenes internacionales en el marco de conflictos armados, representa todavía una zona gris en el derecho penal internacional, por lo que consideramos que hubiera sido adecuado que la sala se refiera sobre el particular con mayor claridad.

Finalmente, merece especial reflexión sobre este tema el que la Sala Penal Nacional sí haya tomado a la existencia de un conflicto armado interno como un criterio para determinar una pena más favorable para los encausados. Al respecto, el colegiado busca defender la tesis de que la pena a ser impuesta debía ser reducida tomando en consideración que, debido al conflicto, los perpetradores se encontraban «sometidos al estrés cotidiano del peligro», debiendo enfrentar «la muerte de propios y extraños», lo que propiciaba una «distorsión del valor de la vida, en especial de los que se consideran enemigos; lo que, sumado a la verticalidad de la organización militar y su ideología para el enfrentamiento de la subversión terrorista, deben haber incidido en su determinación criminal» (SPN, 2016, f.j. 129).

Más allá de que la sala aclara que su afirmación no pretende justificar la masacre cometida por los encausados hallados responsables ni desconocer la gravedad de los hechos, la imposición de una pena reducida bajo el argumento de que los delitos fueron cometidos durante el conflicto armado en el Perú es desafortunada y no se encuentra en armonía con uno de los objetivos principales del derecho internacional humanitario, el cual busca precisamente proteger a las personas en el marco de los enfrentamientos armados (Salmón, 2014, p. 27).

### **3.3. Crímenes de lesa humanidad**

Al margen de la falta de argumentación explicada en el apartado anterior, consideramos como un acierto destacable el que el colegiado, aun cuando limitado por el principio de legalidad, decidiera afirmar en su sentencia que las ejecuciones extrajudiciales comprobadas en los hechos configuraban graves violaciones de derechos humanos compatibles con crímenes de lesa humanidad.

Los crímenes de lesa humanidad han sido definidos por el Estatuto de Roma como determinados actos<sup>11</sup> que se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque<sup>12</sup>. Según Sean D. Murphy (relator especial de la Comisión de Derecho Internacional para el proyecto de convención sobre crímenes de lesa humanidad), este concepto tiene dos características principales: «[e]n primer lugar, el delito es tan atroz que se percibe como un ataque contra la propia esencia del ser humano. En segundo término, la atrocidad del delito es tal que supone un ataque no solo contra las víctimas directas, sino también contra toda la humanidad, por lo que la comunidad de seres humanos en su conjunto tiene interés en su sanción» (Comisión de Derecho Internacional, 2015, p. 13).

En atención a lo anterior, no cualquier vulneración de derechos humanos puede alcanzar el umbral de gravedad que suponen los crímenes de lesa humanidad. Solo aquellas graves violaciones que tienen cierta escala o carácter sistemático y que «se extienden más allá de lo que serían incidentes aislados de violencia o delitos cometidos con fines puramente privados» (Comisión de Derecho Internacional, 2015, p. 14) podrán ser consideradas dentro de este tipo penal. Precisamente, el nivel de complejidad que supone la realización de este tipo de crímenes exige del sujeto activo un cierto grado de organización que puede ser alcanzado solamente por el Estado o por grupos organizados extraestatales

---

<sup>11</sup> El artículo 7 del Estatuto de Roma señala como tales actos al asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecución, desaparición forzada de personas y el crimen de *apartheid*.

<sup>12</sup> Cabe mencionar que una fórmula idéntica a la del Estatuto de Roma ha sido replicada en el proyecto de la convención sobre crímenes de lesa humanidad que en la actualidad es trabajado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El proyecto de artículo aprobado por el Comité de Redacción en primera lectura, que define a los crímenes de lesa humanidad, puede ser consultado en Comisión de Derecho Internacional, 2017.

que tienen la capacidad de realizar múltiples actos criminales (Reyes, 2009, p. 131), como lo fue en su momento Sendero Luminoso.

Ahora bien, cada uno de los elementos que dan lugar al tipo penal de crímenes de lesa humanidad se presenta de manera acumulativa en el caso de Accamarca. Las patrullas que llegaron a la localidad de Llocllapampa ejecutaron a 61 civiles siguiendo un plan que conocían a la perfección y que fue diseñado por las altas autoridades de la segunda división de infantería de Huamanga como parte de la política antisubversiva emprendida por las fuerzas armadas en aquella época. A partir de ello, se verifica la existencia de un ataque generalizado —por lo masivo— y también sistemático —por la premeditación— en contra de la población civil. Además, los responsables tenían conocimiento de ese ataque, pues fueron informados sobre los detalles del plan Huancayoc, que estaban llamados a ejecutar.

La calificación realizada por la Sala Penal Nacional, que encuentra un límite en el principio de legalidad, no es una afirmación vacía, sino que da lugar importantes consecuencias.

En primer lugar, permite resaltar la profunda gravedad de los crímenes cometidos, pues evidencia que no se trató de hechos aislados de violencia en contra del derecho a la vida, sino de actos particularmente graves, atroces y odiosos, que reflejan un desprecio por la dignidad humana y que afectan no solamente a las víctimas sino a toda la humanidad. Este reconocimiento debe ser leído además en relación con la reparación de las víctimas y sus familiares en términos de medidas de satisfacción, tomando en cuenta que estas trascienden lo material y permiten resarcir el daño moral ocasionado a las víctimas, pues buscan «el reconocimiento de la dignidad de las víctimas o transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones como las del [...] caso» (Corte IDH, 2004, párr. 164)<sup>13</sup>. Esta calificación permite,

---

<sup>13</sup> Al respecto, ver también Calderón Gamboa, 2013.

además, favorecer los procesos de reconciliación entre los sobrevivientes de la masacre, los familiares de las víctimas y demás actores involucrados en el caso de Accomarca.

Por otro lado, la afirmación de la Sala Penal Nacional confirma que este tipo de violaciones eran parte de la política antisubversiva emprendida por las fuerzas armadas como agentes del Estado en la región de Ayacucho; pues, según ha sido indicado, los crímenes de lesa humanidad, debido a las características que los configuran, no pueden ser cometidos de forma aislada por particulares. Esto resulta especialmente útil si se considera que existen otros casos ya judicializados y a la espera de sentencia en contra de militares por graves violaciones a los derechos humanos que siguieron un patrón similar al que se observa en el caso de la masacre de Accomarca<sup>14</sup>.

A nivel procesal, la calificación realizada por el colegiado implica que los crímenes cometidos por los encausados sean imprescriptibles (cfr. TC, 2011, párr. 69) y que ellos, además, no puedan gozar de determinados beneficios penitenciarios (cfr. Reyes, 2017) durante el cumplimiento de su condena.

A pesar de lo anteriormente señalado, debe advertirse que la Sala Penal Nacional pudo haber realizado el mismo ejercicio que el utilizado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú de abril del año 2009 para calificar los casos de Barrios Altos (ejecuciones extrajudiciales) y La Cantuta (desaparición forzada) como crímenes de lesa humanidad (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2009, considerandos 823-824). Dado que el tipo penal contemplado en la legislación peruana no es conforme con el tipo penal internacional, la Corte

---

<sup>14</sup> Sobre el particular, debe destacarse que, el 17 de agosto de 2017, la Sala Penal Nacional emitió sentencia en primera instancia para el caso Los Cabitos por las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el cuartel Domingo Ayarza en el año 1983. En tal oportunidad, la sala consideró nuevamente que las violaciones identificadas eran compatibles con los crímenes de lesa humanidad, lo que suma a la formación de una tendencia en este sentido que ponga en evidencia una verdad histórica vinculada a la política antisubversiva ejercida por las fuerzas armadas durante el conflicto armado interno.

Suprema de Justicia aplicó el crimen de lesa humanidad en el caso del expresidente Alberto Fujimori bajo normas jurídicas internacionales consuetudinarias o de *jus cogens*. De este modo, la Sala Penal Nacional pudo tomar en cuenta tal precedente para fallar en el presente caso y calificarlo como un crimen de lesa humanidad.

### 3.4. Responsabilidad penal de los encausados

El modelo adoptado por la Sala Penal Nacional para imputar responsabilidad penal a los encausados ha supuesto reconocer dos premisas que cuentan ya con un fuerte arraigo en el desarrollo de los principios del derecho penal internacional: a) irrelevancia de la obediencia a órdenes del superior cuando se cometen graves violaciones a los derechos humanos; y b) responsabilidad de los superiores por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por sus subordinados. En este último caso, destaca además la aplicación de una lectura conjunta de este principio con el reconocimiento de la responsabilidad por autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Con respecto al primer supuesto, el tribunal señala de manera enfática, dentro de su análisis, que «los oficiales del ejército peruano al ser militares profesionales, tenían pleno conocimiento de que no debían obediencia a una orden manifiestamente ilegal, como la que acataron, optando conscientemente por sumarse al objetivo criminal implícito en la misma, denotando una considerablemente elevada disponibilidad al cumplimiento de las órdenes, así como un absoluto desprecio por la vida y la dignidad humana» (SPN, 2016, f.j. 108).

El argumento propuesto por el tribunal cuenta con amplio respaldo en el derecho internacional. Diversos tratados internacionales de derecho internacional de los derechos humanos<sup>15</sup> y derecho penal

---

<sup>15</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 2), Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas (artículo VIII) y Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 4).

internacional<sup>16</sup> señalan de manera expresa que no podrá invocarse, como justificación de tales violaciones, la orden de un funcionario superior o autoridad pública.

Por su parte, el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, señala, en su artículo 33, que las órdenes de cometer crímenes de lesa humanidad y/o genocidio son manifiestamente ilícitas y, en ese sentido, no existe una obligación de los subordinados dentro de una estructura jerárquica de adoptarlas. Parte de la doctrina cuestiona que la misma calificación no haya sido reconocida por el estatuto en el caso de los crímenes de guerra y afirma, por otro lado, que existiría una norma consuetudinaria relativa a la prohibición del recurso a las órdenes del superior como defensa cuando de crímenes de guerra se trata<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (artículo 8), Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (artículo 6), Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (artículo 7), Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 6), Tribunal Especial para Sierra Leona (artículo 6) y ley sobre el establecimiento de las salas especiales en los tribunales de Camboya (artículo 29).

<sup>17</sup> Al respecto, Juan Pablo Pérez-León (2007) afirma que existen importantes argumentos para considerar la existencia de una norma consuetudinaria que excluye la defensa de órdenes del superior, que deriva no solo de la jurisprudencia internacional, sino también de los fallos a nivel interno de diversos Estados, la cual casi siempre ha rechazado esta defensa cuando existieron cargos por crímenes de guerra. Señala, además, que ciertas leyes especiales sobre crímenes de guerra que contemplaban esta defensa han sido derogadas y que, por otro lado, cuando se negoció la posibilidad de incluir el rechazo a esta defensa en los convenios de Ginebra, tal alternativa no fue aceptada únicamente por el temor político de los Estados a que se rompa el deber de obediencia al interior de sus filas. Todo lo anterior habría sido reconocido además en la norma 155 del estudio sobre normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario, elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja. En la misma línea, Paola Gaeta busca defender la posición de que no es oponible el recurso a esta defensa tampoco en el caso de crímenes de guerra, pues «as not all violations of international humanitarian law, but rather only serious violations of this body of law, fall into the category of war crimes, it would seem contradictory to Brandt an illegal act as serious and then, at the same time, to maintain that its illegality could not be manifest» (1999, p. 185).

De igual manera, la improcedencia de esta defensa ha sido defendida también desde la doctrina y la jurisprudencia. Argumentos como que el soldado es un agente que razona y que por lo tanto puede valorar la ilicitud de las órdenes que recibe de sus superiores, se proponen desde la doctrina<sup>18</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia ha ido un paso más allá al reconocer incluso no solo la falta de obligatoriedad de una orden manifiestamente ilícita, sino también un deber de desobedecer ese tipo de orden<sup>19</sup>.

Por lo expuesto, es destacable que la Sala Penal Nacional haya mantenido el criterio vigente en el derecho internacional sin ceder a los argumentos de defensa planteados por los encausados en su búsqueda de quedar impunes. Las órdenes acatadas por los acusados implicaron que estos ejecutaran extrajudicialmente a hombres, mujeres, niños y ancianos y que, además de ello, dinamitaran sus cuerpos a través del uso de explosivos. Otro aspecto de particular importancia es que el colegiado interpreta de estos hechos que los acusados tuvieron una elevada disponibilidad para el cumplimiento de las órdenes ilícitas que recibieron. En nuestra opinión, la intención del tribunal es sentar las bases para establecer la responsabilidad de las autoridades del estado mayor a través de la teoría de autoría mediata en aparatos organizados de poder.

El origen de la autoría mediata se remonta al Código Penal de 1871 y surge como una respuesta para llenar los vacíos de una visión restrictiva del concepto de autor, de modo que esta no se redujera únicamente

---

<sup>18</sup> Al respecto, dice Paola Gaeta: «[...] a soldier is a reasoning agent, and is therefore capable of appraising the orders he receives. If an order is illegal, he is not duty bound to obey. If he elects to obey, he takes the risk of being punished, along with his superior, for committing a criminal act» (1999, p. 178).

<sup>19</sup> Al respecto, dice la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia: «Superior orders may be issued without being accompanied by any threats to life or limb. In the circumstances, if the superior order is manifestly illegal under international law, the subordinate is under a duty to refuse to obey the order» (1997, párr. 15).

a quien comete las acciones típicas del delito. Así, la figura de la autoría mediata permite asignar responsabilidad penal «al hombre de atrás», entendido como aquel «que causa el resultado punible valiéndose de otra persona como medio o instrumento para la consecución del delito» (Huertas Díaz, Amaya & Malte, 2013, p. 85)<sup>20</sup>.

En el caso en concreto, el tribunal acude con acierto a esta figura y reconoce que, a diferencia de la autoría mediata clásica, en la que el autor material no es responsable penalmente dado que actúa instrumentalizado por engaño o coacción, en este nuevo modelo lo que instrumentaliza el autor mediato es el aparato de poder mismo en toda su dimensión, que funciona de manera automática (Villavicencio, 2010, p. 34). De esta manera, en términos de la sala, «el hombre de atrás ya no domina al intermediario que actúa como ejecutor material, sino al aparato de poder en toda su dimensión. Lo característico de la autoría mediata, para esta hipótesis, es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio en la decisión» (SPN, 2016, f.j. 49).

En ese sentido, esta figura utilizada ya por la Sala Penal para imputar responsabilidad a Abimael Guzmán y por la Corte Suprema de Justicia en el caso de Alberto Fujimori es replicada en el presente proceso. Destaca particularmente en la sentencia que se aclara la posibilidad de que este modelo de autoría no sea aplicado únicamente a quienes ocupen la más alta jerarquía dentro de un aparato organizado de poder, como lo es el jefe de Estado para las fuerzas armadas (Fujimori) o el jefe de una organización terrorista como Sendero Luminoso (Guzmán). Con la sentencia, la posibilidad de que autoridades militares en zonas específicas sean condenadas en calidad de autores mediatos dentro de una organización de poder queda habilitada.

De conformidad con el fallo, la sala consideró debidamente probado que el 13 de agosto por la mañana, antes de que las patrullas

---

<sup>20</sup> Para mayores detalles acerca de la autoría mediata, revisar el punto 2.2.2.C del capítulo sobre el caso Abimael Guzmán.

partieran a Accamarca para la ejecución del plan Huancayoc, Uribe Restrepo contactó a Telmo Hurtado y le dio la indicación verbal de ejecutar a todos los pobladores de Llocllapampa y también al camarada Genaro. Al respecto, el colegiado indicó que el esquema militar de la época impedía que Uribe Restrepo (G2) cambie de forma arbitraria las directrices para la operación sin autorización del comandante general de la segunda división de infantería, Wilfredo Mori, de modo que podía aplicarse una presunción doctrinaria y normativo-militar de que dicho cambio de indicaciones había sido ordenado directamente por Mori Orzo.

De igual modo, la Sala Penal consideró que esta responsabilidad se extendía a todo el estado mayor (Nelson González Feria y Carlos Delgado Pastor) debido a que el manual militar ME121-5, vigente a la fecha de los hechos, consideraba al estado mayor como una sola entidad con un propósito común, que actúa de forma conjunta y coordinada. Por ello, acreditada la responsabilidad de Mori, las responsabilidades de González Feria y Delgado Pastor con relación a las órdenes ilícitas de ejecutar extrajudicialmente a los pobladores de Accamarca se verifican de forma directa y automática.

### **3.5. Los grandes ausentes**

#### **3.5.1. Mujeres**

En la sentencia se incluyeron testimonios de sobrevivientes a la masacre que indicaron que muchas de las mujeres que fueron sacadas de sus casas con mentiras sobre una supuesta asamblea en la localidad fueron víctimas de violaciones sexuales perpetradas por los miembros de las fuerzas armadas que ejecutaron la masacre. En esa misma línea, la CVR sostuvo, en el capítulo de su informe final referido a la masacre de Accamarca, que las mujeres habrían sido arrastradas hasta una chacra donde fueron violadas.

El análisis jurídico de los hechos realizado por la Sala Penal Nacional no incluye ningún extremo vinculado a estas presuntas violaciones.

Nótese que no se señala la ausencia de material probatorio sobre tales actos —como sucede, por ejemplo, con las alegaciones sobre la desaparición forzada de dos presuntas víctimas—, sino que este supuesto nunca es abordado por el tribunal.

Consideramos que esta es una oportunidad para empezar a producir jurisprudencia en materia de violencia sexual en el marco del conflicto armado interno, que la Sala Penal Nacional desaprovecha al desconocer la situación de especial vulnerabilidad que enfrentan las mujeres durante las guerras. La ausencia de estándares y pronunciamientos judiciales al respecto demanda la acción del sistema judicial, más aún si se considera que la CVR ha señalado en su informe final que las violaciones y la violencia sexual no representaron hechos aislados durante el conflicto armado; sino, por el contrario, una práctica generalizada imputable, principalmente, a agentes estatales (CVR, 2003, p. 263).

### 3.5.2. Niños y niñas

Otro de los puntos que se extraña en la sentencia tiene que ver con la particular gravedad que reviste la privación del derecho a la vida cuando se trata de menores de edad. Lo anterior radica, principalmente, en que desde el derecho internacional de los derechos humanos se reconoce que los niños y niñas merecen una protección especial que debe ser garantizada por el Estado, en atención a su condición de vulnerabilidad<sup>21</sup>.

Sin embargo, la Sala Penal Nacional no considera como un agravante de los asesinatos cometidos el que estos hayan tenido como gran parte sus víctimas mortales a niños y niñas. El colegiado identifica en los hechos un supuesto de asesinato agravado debido al nivel de crueldad con el que aquellos fueron cometidos e indica que dicho nivel se ve reflejado en la forma en que las ejecuciones extrajudiciales se realizaron

---

<sup>21</sup> Al respecto, ver la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (2005, párr. 133) y el caso Servellón García y otros vs. Honduras (2006, párr. 113).

y el sufrimiento causado en las víctimas, no así por la especial gravedad que significa atentar contra el derecho a la vida de niños y niñas.

#### **4. CONCLUSIONES**

El fallo de la Sala Penal Nacional, aun cuando se trata de un fallo en primera instancia, representa un hito destacable en la jurisprudencia peruana, desde una lógica de lucha contra la impunidad y, a su vez, un triunfo frente al proceso de ciudadanía activa emprendido por las víctimas y sus familiares para obtener justicia desde el Estado. La sentencia pone un alto a la indiferencia que había mostrado el Estado frente a su deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos que fueron cometidas en la masacre de Accomarca. Se trata, además, de la primera sentencia sobre violaciones cometidas por las fuerzas armadas contra la población civil en la década de los ochenta, la época más letal del conflicto armado interno.

La Sala Penal Nacional reconoce que, desde los años ochenta, se desarrolló un conflicto armado en el Perú que fue iniciado por Sendero Luminoso y que colocó al país en una situación de emergencia. No obstante, señala con firmeza que dicha situación no podía justificar privaciones arbitrarias del derecho a la vida y destaca que el Estado tenía la obligación de proteger ese derecho y adoptar medidas para garantizarlo, así como verificar también que sus propias fuerzas de seguridad no lo vulneren.

Es adecuado que el colegiado califique a los asesinatos cometidos en la masacre de Accomarca como crímenes de lesa humanidad; pues sirve, en primer lugar, para resaltar la particular gravedad de las ejecuciones perpetradas. De igual manera, esta calificación permite brindar a las víctimas una reparación integral, pues funciona como una medida de satisfacción a su favor. Asimismo, la calificación asegura que los crímenes cometidos sean imprescriptibles y que los encausados hallados responsables no puedan favorecerse con determinados beneficios penitenciarios durante la ejecución de su condena.

En línea con lo anterior, la Sala Penal Nacional confirma que, cuando de graves violaciones a los derechos humanos se trate, no será válido argumentar, como parte de la defensa de los responsables, el haber actuado en cumplimiento de órdenes del superior; pues, en tales casos, los subordinados tienen un deber de no ejecutar dichas órdenes. Del mismo modo, el colegiado sigue apostando por el recurso a la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder para imputar responsabilidad penal a las altas autoridades militares que ordenaron la realización de órdenes manifiestamente ilícitas y garantizar así que todos los responsables sean sancionados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Burt, Jo-Marie (2011). Desafiando a la impunidad en tribunales nacionales: juicios por derechos humanos en América Latina. En Félix Reátegui, *Justicia Transicional: manual para América Latina* (pp. 309-338). Brasilia: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Calderón Gamboa, Jorge (2013). *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Derecho a la verdad en las Américas*. OEA, CIDH. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>.
- Comisión de Derecho Internacional (2015). Primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. 15 de febrero de 2015. A/CN.4/680.
- Comisión de Derecho Internacional (2017). Crímenes de lesa humanidad. Texto y título del proyecto de títulos, preámbulos, artículos y anexos adoptados por el Comité de Redacción en primera lectura. 26 de mayo. Recuperado de [http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.892&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/7\\_7.shtml&Lang=S](http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.892&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/7_7.shtml&Lang=S).

- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000). Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre. Fondo. Serie C, N.º 70. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_70\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001a). Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia del 31 de enero. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, N.º 71. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001b). Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia del 6 de febrero. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, N.º 74. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_74\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso *De la Cruz Flores vs. Perú*. Sentencia del 18 de noviembre. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, N.º 115. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_115\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia del 8 de setiembre. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, N.º 130. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia del 21 de setiembre de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, N.º 152. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_152\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia del 23 de noviembre. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, N.º 209. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf).
- Corte Penal Internacional (2008). Decisión sobre la confirmación de cargos contra *Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*. 30 de setiembre. Recuperado de [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008\\_05172.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_05172.PDF).

- Corte Penal Internacional (2016). In the case of Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. 21 de marzo. Recuperado de [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_02238.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF).
- Corte Suprema de Justicia del Perú (2009). Expediente AV 19-2001, Sala Penal Especial (sentencia del 7 de abril). Recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j\\_20101107\\_05.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf).
- CVR - Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). *Informe final*. Lima: CVR.
- Doak, Jonathan (2011). The Therapeutic Dimension of Transitional Justice: Emotional Repair and Victim Satisfaction in International Trials and Truth Commissions. *International Criminal Law Review*, 11, 263-298.
- Doswald-Beck, Louise (2006). The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers? *International Review of the Red Cross*, 88(864), 881-904.
- Gaeta, Paola (1999). The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law. *European Journal of International Law*, 10(1), 172-191.
- Huertas Díaz, Omar, Carolina Amaya & Germán Malte (2013). Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Opinión Jurídica*, 12(23), 81-98.
- Melzer, Nils (2010). *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Olásolo, Héctor (2009). El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata. *Derecho Internacional Contemporáneo: Revista Internacional*, 27, 71-122.
- Pérez-León, Juan Pablo (2007). La obediencia del subordinado a las órdenes superiores en casos de crímenes de guerra. Análisis a la luz del derecho internacional. *Agenda Internacional*, 13(24), 371-407.
- Quinteros, Víctor (2016). El caso Accamarca y la judicialización de violaciones de derechos humanos. 31 años después. *IDEHPUCP*, 12 de setiembre. Disponible en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/el-caso-accamarca>

y-la-judicializacion-de-violaciones-de-derechos-humanos-31-anos-despues/ (consultado el 25 de agosto de 2017).

- Reyes, Michelle (2009). *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a la comisión de crímenes internacionales*. Tesis de licenciatura. Facultad de Derecho de la PUCP.
- Reyes, Valeria (2017). Crímenes de lesa humanidad y beneficios penitenciarios ¿sí? ¿no? ¿cuándo? ¿por qué? *IUS360*, 20 de junio. Recuperado de <http://ius360.com/columnas/crimenes-de-lesa-humanidad-y-beneficios-penitenciarios-si-no-cuando-y-por-que/> (consultado el 3 de setiembre de 2017).
- Roxin, Claus (2010). Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú. En Kai Ambos e Iván Meini (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori* (pp. 91-102). Lima: ARA.
- Salmón, Elizabeth (2014). *Introducción al derecho internacional humanitario*. Lima: IDEHPUCP y Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Salmón, Elizabeth & Cristina Blanco (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP y Cooperación Alemana al Desarrollo (GIZ).
- Schmitt, Michael (2010). The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. *Harvard National Security Journal*, 1, 5-44.
- SPN - Sala Penal Nacional (2006). Caso Abimael Guzmán Reinoso y otros. Expediente acumulado 560-03. Sentencia del 13 de octubre.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2004). Expediente 2488-2002-HC/TC, Genaro Villegas Namuche, sentencia del 18 de marzo. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2011). Expediente 0024-2010-PI/TC. Proceso de inconstitucionalidad, sentencia del 21 de marzo. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2010-AI.html>.
- Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1997). *Prosecutor vs. Erdemovic*, caso IT-96-22-A, sentencia del 7 de octubre de 1997 (opinión separada y disidente del juez Cassese). Recuperado de <https://www.refworld.org/cases,ICTY,402761f0a.html>.

- Van Boven, Theo (1993). *Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms: final report*. Ginebra: ONU.
- Ventura, Manuel (2005). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad. Ponencia del Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH). Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf> (consultado el 31 de agosto de 2017).
- Villanueva, Pedro (2017). *Empleo razonable de las armas de fuego en el control de la seguridad pública*. Lima: IDEHPUCP.
- Villavicencio, Felipe (2010). Autoría mediata por dominio de organización: el caso Fujimori. *Investigaciones: Secretaría de Investigación de Derecho Comparado*, 14(1), 33-57.

## CASO MARÍA MAGDALENA MONTEZA BENAVIDES RECONOCIENDO LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO<sup>1</sup>

Marcela Huaita

### FICHA DEL CASO

1992	1993	1998	2010	2016
30 de octubre	20 de febrero	6 de junio	30 de diciembre	26 de octubre
María Magdalena Monteza Benavides se retira de la universidad y es coactada por miembros de la sección de la primera DIVFFEE, bajo el mando de Julio Rodríguez.	María Magdalena Monteza Benavides se encuentra en estado de embarazo y declara en sede judicial que fue violada por quienes la coactaron.	El presidente de la República le concede el indulto a María Magdalena Monteza Benavides por recomendación de la comisión creada por la ley 26655.	La Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial formula denuncia penal contra nueve personas por delitos contra la libertad personal (secuestro agravado) y contra la humanidad (tortura en la modalidad de violación sexual).	La Sala Penal Nacional emite sentencia en primera instancia sobre el caso María Magdalena Monteza Benavides y condena a tres personas.

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, la autora recibió los aportes de Mario Cépeda, además de los comentarios del equipo de investigadores.

## RESUMEN

El 26 de octubre de 2016 se dictó sentencia en el caso de María Magdalena Monteza Benavides por el delito de secuestro y violación sexual en el contexto de lesa humanidad. Este fue uno de los casos de violación sexual durante el conflicto armado, cuyo testimonio fue recogido en el informe de la CVR. Se trata de una sentencia en la que la Sala Penal Nacional condena a un coronel como autor mediato, dado que la víctima había sido detenida ilegalmente y retenida en instalaciones militares donde fue violada por varios efectivos y, como producto de ello, tuvo una hija. Sin embargo, la sala absolvió al resto de acusados de violación sexual como autores materiales, basándose en la duda sobre las responsabilidades individuales, condenando así solo a dos efectivos por los cargos de secuestro simple y secuestro agravado. Es interesante analizar esta sentencia —aunque aún no es la sentencia definitiva del caso<sup>2</sup>— por cuanto nos permite discutir no solo la violación sexual como forma de tortura infligida a las mujeres en contextos de conflicto armado, sino especialmente porque presenta dilemas al juzgador sobre la valoración de la palabra de la mujer en delitos de violencia sexual, la presunción de inocencia por parte de los imputados y el respeto al debido proceso como garantía de la administración de justicia y a los derechos humanos de las personas. Asimismo, nos abre la posibilidad de reflexionar sobre los niños y niñas como víctimas invisibles en estos procesos y su derecho a conocer o no su identidad.

---

<sup>2</sup> Cuando el artículo estaba en proceso de edición, se conoció que la Corte Suprema había hecho público el sentido de la votación, que estaría confirmando la sentencia bajo análisis. Ver: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s\\_cortes\\_suprema\\_home/as\\_inicio/as\\_enlaces\\_destacados/as\\_imagen\\_prensa/as\\_notas\\_noticias/2018/cs\\_n-corte-suprema-eleva-penas-a-militares-por-violacion-y-secuestro-de-estudiante](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2018/cs_n-corte-suprema-eleva-penas-a-militares-por-violacion-y-secuestro-de-estudiante) (consultado el 10 de mayo de 2018).

## **1. INTRODUCCIÓN**

La sentencia bajo análisis es la emitida por la Sala Penal Nacional el 26 de octubre de 2016 que recae en el proceso penal 340-2010, que es el caso sobre secuestro y violación sexual de María Magdalena Monteza Benavides (MMMB), cuyo testimonio fue recogido en el informe de la CVR (2003, VI, pp. 268-272). El caso es de especial relevancia porque, a pesar de conocerse y haberse documentado la violencia sexual como parte de las acciones de represión y tortura llevada a cabo por agentes de Estado en el contexto de conflicto interno vivido en el Perú en las décadas de los ochenta y noventa, son muy pocos los casos judicializados<sup>3</sup>. Uno de ellos es precisamente el de MMMB y, por tanto, esta sentencia constituye la primera por violación sexual durante el conflicto armado que se emite en el Perú.

## **2. DESARROLLO DEL CASO**

### **2.1. Contexto sociopolítico**

El contexto en el que se desarrollan los hechos es el del conflicto armado en el Perú (1980-2000), en el que se produjeron una serie de detenciones ilegales, en las cuales se atribuyeron responsabilidades criminales a personas inocentes y se montó además un sistema de justicia arbitrario, como lo fueron los denominados «jueces sin rostro», sistema ampliamente criticado y cuyos abusos trataron luego de ser paliados a través de la conformación de una comisión de indultos que liberó a más de 500 inocentes que habían sido condenados injustamente por el mencionado sistema.

---

<sup>3</sup> Otro caso emblemático de violencia sexual es el de Manta y Vilca, en cuyo caso se inició el juicio oral después de más de 30 años de producidos los hechos. Ver <http://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/manta-y-vilca-se-inicia-primer-juicio-oral-por-violencia-sexual-durante-periodo-de-violencia/> (consultado el 19 de febrero de 2018).

Luego de la caída de Fujimori, con el advenimiento de un nuevo gobierno —el denominado «gobierno de transición», liderado por Valentín Paniagua—, se creó la CVR, presidida por el entonces rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Salomón Lerner Febres, y conformada por diferentes miembros de la sociedad civil. La CVR tuvo por encargo elaborar un informe sobre la violencia armada interna que había azotado el país entre 1980 y el año 2000. Su informe final se hizo público el 28 de agosto de 2003, durante el gobierno de Alejandro Toledo.

Uno de los importantes aportes del trabajo de esta comisión fue incorporar la violencia sexual sufrida especialmente por las mujeres como parte de su trabajo de investigación. A pesar que expresamente no se mencionaban los denominados «crímenes sexuales» como parte de su mandato, se llegó a incluir un capítulo específico sobre violencia sexual contra las mujeres en su informe final.

De manera expresa, en la presentación del informe final en Ayacucho, el presidente de la CVR dijo:

La Comisión ha constatado que las violaciones de derechos humanos más graves cometidas por agentes de las fuerzas armadas fueron la ejecución arbitraria, la desaparición forzada de personas, las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Entre estos, quiero decirlo en voz alta, merece nuestra condena particular la violencia sexual contra la mujer en la modalidad de violación sexual, acto abominable que deshonra a quienes fueron sus culpables directos y a quienes, eventualmente, en su calidad de superiores jerárquicos, los instigaron, permitieron o encubrieron (Lerner Febres, 2003, párr. 16).

Si bien los casos de violencia sexual recibieron una atención importante por parte de la CVR, su recopilación fue sumamente difícil porque, como ha sido analizado (Fries, 2008; Loli, Espinoza & Agüero, 2007; Portal Farfán, 2008), muchas mujeres afectadas no denuncian

estos hechos —ya sea por sentir culpa o vergüenza, o para evitar ser estigmatizadas—, lo que incrementa la impunidad respecto de los perpetradores de estos crímenes (Mantilla Falcón, 2003). Por ello, resulta especialmente relevante que se lograran consignar casos concretos y se reservara un acápite del informe para esta forma de violencia.

De acuerdo a su informe final, la CVR entregó al Ministerio Público 47 expedientes investigados, identificando plenamente a los presuntos responsables. De dichos casos que fueron presentados por la CVR, dos se refieren a la comisión de presuntos actos de agresión sexual: el de violencia sexual en Huancavelica (las bases militares de Manta y Vilca) y el caso de MMBB.

Estos avances permitieron que, en el artículo 3 de la ley 28592 (del 29 de mayo de 2005) que crea el plan integral de reparaciones, sean consideradas víctimas «las personas o grupos de personas que hayan sufrido actos u omisiones que violan normas de los Derechos Humanos, tales como desaparición forzada, secuestro, ejecución extrajudicial, asesinato, desplazamiento forzoso, detención arbitraria, reclutamiento forzado, tortura, *violación sexual* o muerte, así como a los familiares de las personas muertas y desaparecidas» (cursivas nuestras), durante mayo de 1980 a noviembre de 2000. Ello implica que se reconozca a la violación sexual como parte de los delitos que se cometieron y, por tanto, dando lugar a que las víctimas de dicho delito puedan ser reconocidas como beneficiarias del mencionado plan.

No obstante ello, en los años subsiguientes, el Estado no actuó con la diligencia esperada respecto de los casos investigados por la CVR. Así, encontramos un informe de la Defensoría del Pueblo del año 2007 —es decir, cuatro años después— en donde se detalla que: «Si bien se han producido algunos avances, observamos con preocupación que este período ha estado marcado por dificultades y retrocesos que podrían afectar el derecho de las víctimas a alcanzar la justicia» (Defensoría del Pueblo, 2007, pp. 264-265).

De manera paralela a la excesiva demora para la judicialización de estos casos, un fenómeno sin precedentes se daba en el sistema interamericano: el desarrollo de nuevos estándares de prueba sobre violencia sexual, que tomaban en cuenta, entre otros instrumentos internacionales, la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y que tuvo como hito el caso del penal Miguel Castro Castro coincidentemente contra Perú (2006).

En efecto, el reconocimiento de la violencia sexual que había sido dejada de lado en varios casos por parte de la Corte IDH por la dificultad de la prueba —como los de Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, de 1995; y Loayza Tamayo vs. Perú, de 1997—, a partir de 2006 comienza a tener un desarrollo importante, estableciéndose novedosos estándares (Zelada & Ocampo Acuña, 2012).

Así, sentencias como las del penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006), González y otras («campo algodónero») vs. México (2009), masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009), Fernández Ortega y otros vs. México (2010), Rosendo Cantú y otra vs. México (2010), Contreras y otros vs. El Salvador (2011), masacres del Río Negro vs. Guatemala (2012), masacres de El Mozote y alrededores vs. El Salvador (2012), Espinoza Gonzales vs Perú (2014), entre otras<sup>4</sup>, desarrollan nuevos estándares en el sistema interamericano para la acreditación efectiva de los actos de violencia sexual, tanto en lo que se refiere a las exigencias probatorias en casos específicos de violación sexual, como a su reconocimiento como hecho de contexto (Zelada & Ocampo Acuña, 2012; Mariezurrena & Rovatti, 2017; Astocondor, Ofracio Serna & Raico Gallard, 2011).

En efecto, hasta antes de la sentencia en el caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala (2004), si la declaración de un testigo era imprecisa,

---

<sup>4</sup> Otro caso actualmente en giro es el caso 12.797 de Linda Loaiza López Soto y familiares vs Venezuela, que aborda la violencia contra la mujer, incluida violencia y violación sexual, y que permitirá sin duda nuevos avances en la jurisprudencia de la Corte IDH.

entonces no se podía acreditar la ocurrencia de actos de violencia sexual (Caballero Santana y Delgado vs. Colombia, 1995). En cambio, con la sentencia de 2004, se establece un nuevo estándar en el sentido que la violencia sexual puede quedar acreditada como hecho de contexto; es decir, no con testigos directos, sino a partir de la suma de declaraciones de testigos, declaraciones de peritos y el reconocimiento de tales hechos a través de mecanismos de justicia transicional. Más aún, en el caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006), se establece que, ante la falta de la declaración de la víctima, se puede probar la violencia mediante los reportes forenses y la declaración de familiares.

De otro lado, en casos de violencia sexual, las declaraciones de las víctimas adquieren un peso considerable. Antes la carga de la prueba se encontraba siempre en la presunta víctima, cuya declaración era insuficiente inclusive si esta era acompañada de las declaraciones concurrentes de terceros (Loayza Tamayo vs. Perú, 1997). En cambio, a partir de los casos Fernández Ortega y otros vs. México y Rosendo Cantù y otras vs. México, la Corte IDH establece que las declaraciones de las víctimas son prueba fundamental de la violencia sexual, pese a las imprecisiones que puedan existir en las narraciones. De esta manera, se establece que la declaración de la víctima resulta importante para acreditar la violencia sexual (Contreras y otros vs. El Salvador, 2011; Masacres del Río Negro vs. Guatemala, 2012).

Un caso especialmente relevante es el de Gladys Espinoza vs Perú (2014), en donde la Corte IDH concluyó que el estado violó la integridad personal de la víctima mediante diversos actos de tortura y violencia sexual, incluyendo la violación sexual, mientras ella se encontraba privada de libertad en las instalaciones de seguridad del Estado. Además, la corte estableció que:

[...] los actos de violencia y violación sexual perpetrados en contra de Gladys Espinoza durante su detención en la Divise y la Dincote fueron consistentes con la práctica generalizada de violencia sexual que existía en el Perú en la época de los hechos (supra párr. 67).

En este punto, la Corte recuerda que la violencia sexual contra las mujeres afectó a un número importante de las mujeres detenidas a causa de su real o presunto involucramiento personal en el conflicto armado [...] (Corte IDH, 2014, párr. 229).

En este mismo caso, la corte considera que:

[...] la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima «humillada física y emocionalmente», situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales (Corte IDH, 2014, párr. 193).

Por tanto, luego de este desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre las severas consecuencias de la violencia sexual, a las que han sido sometidas especialmente las mujeres, se espera que ello también se refleje en los planes de reparación a dichas víctimas.

De allí la importancia de sentar jurisprudencia nacional sobre la materia, pues aún resulta un reto pendiente la aplicación de un enfoque de género que permita el reconocimiento de situaciones específicas dirigidas contra las mujeres como parte de un proceso verdadero de justicia y búsqueda de la verdad y reconciliación.

Lamentablemente, casos emblemáticos de violencia sexual como el de Manta y Vilca (de 1984) y MMB (de 1992) aún se encuentran en trámite sin una resolución definitiva en el Poder Judicial, a pesar de haber transcurrido 16 años de la presentación del informe de la CVR en el que fueron recogidos y entre dos y tres décadas de sucedidos los hechos.

Ello evidencia claramente la dificultad que el procesamiento de estos delitos enfrenta en el sistema de justicia peruano y la excesiva espera por parte de las víctimas al acceso a la justicia.

## **2.2. Descripción del caso**

### **2.2.1. Los hechos del caso**

En octubre de 1992, la Comandancia de la Primera División de Fuerzas Especiales del Ejército (DIVFFEE) dispuso una operación de inteligencia a cargo del personal de la sección G2 de dicha unidad, que tenía por objeto la incautación de material explosivo, así como la intervención de quienes estarían involucrados luego de una información proporcionada por «colaboradores» sobre qué presuntos integrantes de Sendero Luminoso que operaban en la Universidad La Cantuta habían concretado el pase de 760 kilos de dinamita, que iban a ser distribuidos en varios sectores de la ciudad capital, todo lo cual ocurrió entre los días 28 y 30 de octubre de 1992. Estas acciones llevaron a la captura de Brígida Noreña Tolentino y la incautación de la dinamita en posesión de Juan Teodosio Ibarra Padilla. Ambas personas detenidas fueron entregadas, en presencia del fiscal, al comandante Julio Alberto Rodríguez Córdova.

Rodríguez Córdova, como jefe de la sección G2 de la Primera DIVFFEE, dirigió y controló la operación de inteligencia a cargo de dicha sección, así como dispuso que la intervenida Noreña Tolentino y posteriormente MMMB sean interrogadas bajo tortura o trato cruel, empleando métodos de violencia tanto físicos como psicológicos, todo ello con el objeto de lograr mayor información que coadyuve a la desarticulación del grupo subversivo, además de impedir la realización de sus actividades.

MMMB era una joven de 19 años que había venido de provincia y deseaba estudiar en Lima, en la Universidad Enrique Guzmán y Valle, La Cantuta. El 30 de octubre de 1992, cuando salía de la universidad, miembros de la sección de la Primera DIVFFEE, bajo el mando de Julio

Rodríguez Córdova, vestidos de civil, coactaron su libertad. Fue sujeta fuerte del cuello por uno de ellos —Carlos Rengifo Salinas—, al que no pudo ver y quien, tapándole los ojos, la hizo ingresar a un vehículo Volkswagen verde perteneciente al Ejército. Ella gritó, pero le taparon la boca con un trapo. Inmediatamente, la llevaron a las instalaciones de la DIVFFEE, ubicadas en Las Palmas (Chorrillos), donde permaneció por cinco días, desde el 30 de octubre al 3 de noviembre de 1992, sin poder salir de uno de los ambientes donde funcionaba la oficina de la G2 y un baño aledaño. Dado que la intervención de la agraviada se hizo cuando ya se había intervenido a Noreña y se había incautado la dinamita, dicha intervención solo habría tenido como objeto la identificación de otros presuntos elementos subversivos.

Desde el primer día, los efectivos la interrogaron preguntándole si conocía a otras personas; ante su negativa, la insultaron, golpearon su cabeza contra la pared, la abofetearon y le sacaron a tiros la ropa hasta dejarla completamente desnuda. Al encontrarse en ese estado, sus agresores —la víctima distingue cuatro voces de hombres, así como a alguien a quien llamaban «el jefe»— se burlaron de ella y besaron su cuerpo a la fuerza diciendo palabras soeces; en ese estado, abusaron sexualmente de ella. Al día siguiente, de nuevo fue interrogada y, luego de ponerle una inyección que la dejó completamente mareada, fue violada. Después de haber sido vejada, uno de los hombres se le acercó y le dijo que no le haría daño a ella ni a su familia si se autoinculpaba como terrorista y le dio un papel con todo lo que debía decir. MMMB fue llevada a la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (Dincote), en donde cumplió las indicaciones y dio su manifestación de acuerdo a lo indicado por los efectivos policiales, sin denunciar la violación de la que había sido víctima; allí también sufrió torturas psicológicas.

Semanas después, el 28 de diciembre de 1992, en el penal de mujeres de Chorrillos, se hace la prueba de embarazo y comprueba su gravidez; recién en sede judicial, el 20 de febrero de 1993, declara que había sido violada y se encontraba en cinta. La agraviada denuncia, además, ante

el juez penal y ante la presencia de una fiscal, sobre la falsedad de la información que le habían hecho dar los efectivos de la Dincote para salvar su vida y la de su familia. Además, precisó que fue violada en dos oportunidades: el 30 de octubre de 1992, por tres sujetos; y el 31 de octubre, por dos sujetos, quienes antes le aplicaron una ampollera. Sin embargo, a los ocho meses de embarazo la llamaron a juicio ante los jueces sin rostro y allí repitió la misma versión que había dado en la Dincote, asumiendo responsabilidad por hechos terroristas. El 18 de junio de 1993, sobre la base de la investigación policial, fue condenada por la Sala Especial de Terrorismo de la Corte Superior de Lima (jueces sin rostro) a veinte años de pena privativa de libertad por el delito de colaboración terrorista. El 11 de marzo de 1994, la Corte Suprema de Justicia modificó la condena y le impuso 15 años de pena privativa. Tuvo que dar a luz en el penal y, luego de tener consigo durante ocho meses a su hija, se la entregó a unas religiosas.

El 6 de junio de 1998, el presidente de la República le concedió el indulto por recomendación de la comisión *ad hoc* creada por ley 26655, la cual estableció una presunción razonable de que MMMB no tenía vinculación con actividades, elementos u organizaciones terroristas y existían indicios de maltrato físico y psicológico durante su detención en sede militar. Luego de ser indultada, pudo recuperar a su hija.

Posteriormente y gracias al trabajo de la CVR, se logró obtener el testimonio de MMMB (2003, VI, pp. 268-272) y se iniciaron las primeras investigaciones de los delitos de los que había sido víctima. Su caso fue uno de los 47 expedientes entregados por la CVR al Ministerio Público, encargándosele la investigación a la Quinta Fiscalía Penal Supraprovincial.

En febrero de 2004, se inició la investigación por la fiscalía y se pudo determinar:

- a) las circunstancias en que se produjo la detención,
- b) la identidad de quienes participaron en ella,

- c) las fechas y los lugares en que permaneció detenida y
- d) la identidad de las personas que estaban encargadas de su custodia mientras permaneció detenida (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 161).

Sin embargo, el 11 de diciembre de 2006, por resolución de la Fiscalía de la Nación 1531-2006-MP-FN, se desactivó la fiscalía que se encontraba a cargo de la investigación relacionada con el caso de MMMB. El 12 de enero de 2007, la referida investigación ingresó a la Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial de Lima. Este cambio de fiscalía implicó que por cerca de ocho meses (entre agosto de 2006 y abril de 2007) no se realice ninguna diligencia, lo que conllevó, al igual que en otros casos, a una dilación excesiva en la investigación preliminar.

Luego, el 11 de octubre de 2010, la Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial emitió su informe y formalizó la denuncia por el delito de secuestro agravado, pero descartó la comisión del delito de violación sexual, por lo que fue materia de un recurso de queja. El 30 de noviembre de 2010, la Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial formuló la denuncia penal contra: una persona (como autor mediato) y ocho personas más como autores materiales por los delitos contra la libertad personal (secuestro agravado) y contra la humanidad (tortura en la modalidad de violación sexual), de acuerdo a lo tipificado en el primer párrafo del artículo 321 del Código Penal. El 26 de agosto de 2011, la Segunda Fiscalía Supranacional amplió la denuncia penal contra una persona más y subsanó la denuncia, comprendiendo el delito contra la libertad sexual (violación sexual) tipificado en el artículo 170, segundo párrafo, del Código Penal vigente en 1992.

### **2.2.2. Desarrollo de la sentencia y resolución**

El 26 de octubre de 2016, la Sala Penal Nacional dictó sentencia por la que se condena a Julio Alberto Rodríguez Córdova como autor del delito contra la libertad personal (secuestro, modalidad agravada) y como autor

mediato del delito contra la libertad sexual (violación sexual), en el contexto de lesa humanidad, en agravio de MMMB, imponiéndosele 10 años de pena privativa de libertad. Asimismo, se condena a Carlos Rengifo Salinas y a René Braulio Benítez Jara a 8 y 4 años de pena privativa de libertad, respectivamente, como coautores del delito contra la libertad personal (secuestro, modalidad agravada y modalidad simple, respectivamente) y se absuelve al resto de acusados —Luis Augusto Pérez Document, Jaime Gutiérrez Tovar, Jesús Edward Gamero Tejeda, Isaac Ramón Silvestre Zevallos, Miguel Ángel Muñoz Fernández, Jesús Llactahuamán Romero y Luis Alberto Peña Layme— tanto del delito contra la libertad personal como de la violación sexual.

Las cuestiones de hecho que fueron debatidas en la sentencia son las siguientes:

- La información previa a la detención de la agraviada, así como la planificación y ejecución de una operación de inteligencia.
- La intervención de Brígida Noreña Tolentino y la incautación del material explosivo que iba a ser trasladado y distribuido en diversas zonas de la capital.
- La privación de libertad de MMMB, interrogatorio, actos vejatorios a los que fue sometida, trato cruel y actos de violación sexual.

Todo lo cual se encuentra probado convenientemente, por lo que luego la sala se plantea los siguientes temas jurídicos:

- El delito de violación sexual como forma de tortura en el contexto de delito de lesa humanidad.
- La determinación del juicio de tipicidad del delito de secuestro en relación a los hechos determinados.
- La determinación del elemento contextual de los hechos como crimen de lesa humanidad.

Luego de lo cual la sala hace un juicio de culpabilidad y determinación de responsabilidad penal de los acusados.

Si bien la sentencia bajo análisis tiene interesantes aportes sobre diferentes temas jurídicos —como lo relacionado al delito de secuestro como tipo penal en el que la restricción de la libertad personal debe corresponder a los criterios de excepcionalidad y debida diligencia; o al mérito que pueden tener los exámenes médico-legales practicados en la Dincote; o la discusión sobre que la intimidación no requiere fuerza física, sino que puede ser determinada por las circunstancias del ambiente, entre otros—, nuestro análisis se va a centrar en torno a: la prueba de la violación sexual sufrida por la víctima; el elemento contextual de los hechos como crimen de lesa humanidad, dado que obedecen a un patrón sistemático bajo una política de estado; el derecho a no someter a su hija a una prueba de ADN y las garantías de administración de justicia para los procesados que tiene como consecuencia que solo se condene a uno de ellos como autor mediato, pero a ninguno como autor material del delito.

### **3. IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA**

#### **3.1. Cómo conjurar la revictimización: valoración de la palabra de la víctima como prueba sin necesidad de su declaración en el juicio oral**

Creemos que la valoración de las declaraciones de la agraviada en sede preliminar y de instrucción como prueba del delito de violación sexual, sin necesidad de una nueva declaración en el juicio oral, evitando así su revictimización, es uno de los aspectos más destacables de esta sentencia.

En efecto, los delitos contra la libertad sexual siempre han sido aquellos en donde existe una gran dificultad probatoria (Alberto Juliano, 2013) porque, en la mayoría de casos, estos son cometidos de manera clandestina, en ámbitos privados, sin testigos y sin la existencia de rastros o de prueba documentaria, por lo que la palabra de la víctima se convierte en una prueba fundamental, sin embargo pocas veces suficientemente valorada.

Ello ha motivado que en innumerables casos se absuelva a los agresores, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia del Perú cuando, en el acuerdo plenario 1-2011/CJ-116, establece que: «La propuesta del Foro de «Participación Ciudadana» parte de un criterio estadístico de absoluciones (90%) en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), que estima que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria» (2011, párr. 6). Para evitar ello, la corte, en sendos acuerdos plenarios, se ha pronunciado sobre la valoración de las declaraciones de la persona agraviada cuando sea único testigo de los hechos (acuerdo plenario 2-2005/CJ-116) y, precisamente, sobre la apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual (acuerdo plenario 1-2011/CJ-116 del 2011).

De esta manera, la corte establece que las declaraciones de la persona agraviada pueden ser consideradas pruebas válidas de cargo siempre que se cumplan las siguientes garantías de certeza:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.
- b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
- c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2005, párr. 10).

La Sala Penal Nacional, al analizar las declaraciones de MMMB, otorga «garantía de certeza a su sindicación» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 79) y, más aún, establece que los relatos brindados por la agraviada resultan ser objetivos al poder ser confirmados

con una mínima corroboración periférica, de acuerdo a la doctrina legal establecida por el acuerdo plenario 1-2011/CJ-116 de 2011 que establece que, para que la versión de la víctima sea aceptada —aun cuando posteriormente se retracte—, además de la «ausencia de incredibilidad subjetiva», es necesario que: «(ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia —la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2011, párr. 24).

La persistencia en la incriminación y la coherencia en el relato ha sido crucial en el caso de MMMB, sobre todo si se toma en cuenta que la agraviada no brindó declaraciones en el juicio oral, sino que la sala valoró las declaraciones que esta hizo tanto a nivel preliminar como de la instrucción (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 80). Para ello, la sala también tomó en cuenta el informe psicológico realizado por una perito que establece que «declarar nuevamente sobre estos hechos y concurrir a juicio» era revictimizarla, por lo que no era recomendable (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 82).

Esto mismo ha sido reconocido por la Corte IDH, para quien las declaraciones de las víctimas son prueba fundamental de la violencia sexual:

En primer lugar, a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, *la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho* (Corte IDH, 2010a, párr. 100; cursivas nuestras)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. también Corte IDH, 2010b, párr. 89.

Jurisprudencia que fue tomada en cuenta por la sala para determinar la valoración de la declaración de la agraviada (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 88) y que sienta un precedente importante a nivel interno.

De esta manera, también se cumple con lo señalado por la Corte IDH, en el sentido que «la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática a la presunta víctima» (Corte IDH, 2014, párr. 258). De lo contrario, la víctima sufrirá un maltrato adicional, el institucional, lo que a su vez puede constituir una vulneración de su derecho al acceso a la justicia y de las garantías judiciales.

### **3.1.1. La presunción de inocencia y la determinación de responsabilidad**

Si bien la valoración de la declaración de la agraviada es suficiente para demostrar la comisión del delito de violación, no alcanza para imputar responsabilidad como autores materiales a los acusados. En efecto, a lo largo del juicio, la agraviada sostiene que fue violada de manera múltiple, los días 30 y 31 de octubre, logrando diferenciar hasta cuatro participantes en dichos actos; la agraviada no pudo identificar de manera individual a ninguno de ellos porque la mantuvieron con los ojos vendados durante las vejaciones sufridas y, por tanto, la sala, en su juicio de culpabilidad y determinación de responsabilidad penal de los acusados, no logra sindicar a ninguno de ellos como autor material, sino que solo condena a Julio Rodríguez Córdova como autor mediato, dado que fue él quien dirigió y controló la operación de inteligencia y dispuso la intervención de MMMB.

En este acápite, debemos reconocer que la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución (artículo 2, inciso 24, literal e) y en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos. Así, el Tribunal Constitucional establece que: «[...] no solamente es un derecho subjetivo, sino también

una institución objetiva, dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional» (TC, 2010, f.j. 7).

Así, el derecho a la presunción de inocencia implica:

- Que la carga de la prueba recaiga en quien acusa.
- Que no se puede condenar a alguien si existe una duda razonable sobre su responsabilidad en el delito imputado.

Más aún, la Corte IDH ha precisado que una persona no puede ser tratada como culpable «mientras no exista la prueba plena de su responsabilidad. Asimismo, supone que, en caso de que la prueba existente sea incompleta o insuficiente, la persona procesada sea absuelta» (Salmón & Blanco, 2012, p. 251). Ello es particularmente importante para el caso de Perú, en donde reiterada jurisprudencia de la Corte IDH ha condenado al país por no respetar el principio de presunción de inocencia que requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad<sup>6</sup>.

De esto se concluye que, para poder emitir una sentencia condenatoria, debe estar plenamente acreditada la culpabilidad de la persona, lo que en este caso pudo lograrse parcialmente si se actuaba la prueba del ADN para determinar si uno de los imputados era efectivamente padre de la niña o si alguno de ellos hubiera aceptado la comisión del delito, lo cual no sucedió en el juicio.

Es decir que, si bien hay una distribución más equitativa en la valoración de la prueba en casos de violencia sexual, como el darle valor probatorio a las declaraciones de la víctima, que pueda ser corroborada con pruebas periféricas, esto no significa que no se respeten los derechos fundamentales que gozan también los imputados respecto del delito. En ese sentido, el testimonio reiterado y uniforme de la víctima de los actos de violencia sexual que sufrió en manos del G2, a pesar de

---

<sup>6</sup> Puede verse los casos *J. vs Perú* (2014), *Cantoral Benavides vs. Perú* (2000) y *Lori Berenson Mejía vs. Perú* (2004).

ser elementos clave para el convencimiento de la sala de la realización del delito, no fueron suficientes para condenar como autor material a ninguno de los imputados.

### **3.2. Violación sexual como forma de tortura bajo un contexto de lesa humanidad**

La violencia sexual sobre la mujer ha sido desde siempre una constante en conflictos armados. Sin embargo, es recién a fines del siglo XX, con los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, que se empieza a plantear la necesidad de tipificar estos delitos como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, lo que motiva su reconocimiento ya en el Estatuto de Roma (artículo 7, inciso 1, literal g) y la Corte Penal Internacional. Este adelanto ha sido especialmente significativo para América Latina y ha permitido importantes avances jurisprudenciales en la Corte IDH (como en el caso del penal Miguel Castro Castro vs Perú del año 2006). Sin embargo y a pesar que en nuestro Código Penal se ha desarrollado, desde fines de los noventas (ley 26926, publicada el 21 de febrero de 1998), un capítulo sobre delitos contra la humanidad (título XIV-A), en este se han tipificado tan solo los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, discriminación y manipulación genética, no así la violencia sexual en sus diversas modalidades<sup>7</sup>.

Por ello, nos parece un acierto importante el trabajo que hace la sala, en el caso bajo análisis, de integrar el derecho internacional de los derechos humanos para tipificar «el delito de violación sexual como forma de tortura en contexto de lesa humanidad» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 94).

---

<sup>7</sup> El Estado peruano aún no ha cumplido con su deber de adaptar integralmente su legislación al Estatuto de Roma. En relación con este proceso, ver <https://cpjjusticiaglobal.wordpress.com/2016/03/03/la-implementacion-del-estatuto-de-roma-en-el-peru-tras-15-anos-de-su-ratificacion/> (consultado el 21 de febrero de 2018).

En primer lugar, la sala expresa que está frente a un «vacío legal» existente en nuestro ordenamiento interno y establece que:

Así para efectos de llenar el vacío normativo de la legislación nacional ante los supuestos que permiten colegir que la violación sexual en su modalidad agravada contra la agraviada MMMB se dio además como un medio de tortura, cabe considerar la interpretación de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional respecto al acto de violación como crimen de lesa humanidad (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 94).

Asimismo, para poder integrar no solo la normatividad internacional, sino también la jurisprudencia desarrollada en este marco, apela a la jurisprudencia de la sentencia del TC del 29 de noviembre de 2005, la misma que establece:

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe solo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V de Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) (TC, 2005, párr. 44).

En este punto, debe diferenciarse este planteamiento respecto de la sentencia expedida en abril de 2009 por la Corte Suprema de Justicia, en la que se condenó a Alberto Fujimori por los casos Barrios Altos y La Cantuta, cuyos hechos ocurrieron antes de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma. En ella, la corte declaró que constituyen los mismos crímenes de lesa humanidad sobre la base únicamente de normas jurídicas internacionales consuetudinarias o *jus cogens*, por lo que no utilizó los artículos del Código Penal que se incluyen como delitos

contra la humanidad (título XIV-A), ni tampoco los artículos sobre lesa humanidad del Estatuto de Roma. Debe resaltarse que antes la CVR, en su informe final, analizó lo ocurrido en el conflicto armado interno en el mismo sentido que la Corte Suprema de Justicia.

Continuando con la sentencia bajo comentario, la sala integra en su análisis una serie de estándares internacionales establecidos en senda jurisprudencia, como a continuación detallamos:

- Violación sexual como forma de tortura cuando hay consentimiento de autoridad oficial:

[...] la violación sexual de hecho constituye tortura cuando es infligida por instigación de o con el consentimiento o aquiescencia de otra persona actuando en una capacidad (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 96)<sup>8</sup>.

- Violación sexual como forma de tortura, utilizada en interrogatorio como medio de sanción, intimidación, coerción o humillación de la víctima:

La violación sexual es utilizada ya sea por el interrogador en sí mismo o por otras personas asociadas con la interrogación de un detenido, como un medio de sanción, intimidación, coerción o humillación de la víctima, o la obtención de información, o confesión, desde la víctima o una tercera persona ( Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 96)<sup>9</sup>.

[...] en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar humillar,

---

<sup>8</sup> Ver la sentencia del caso Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, disponible en [https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy\\_files/IV.%20Tribunal%20Penal%20Internacional%20para%20Ruanda\\_1.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/IV.%20Tribunal%20Penal%20Internacional%20para%20Ruanda_1.pdf).

<sup>9</sup> Ver la sentencia del caso Fiscal vs. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias «Pavo», Hazim Delić, Esad Landžo alias «Zenga» (Čelebići), disponible en: [https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy\\_files/V.%20Tribunal%20Penal%20Internacional%20para%20la%20Ex%20Yugoslavia\\_1.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Tribunal%20Penal%20Internacional%20para%20la%20Ex%20Yugoslavia_1.pdf).

castigar, o controlar a la persona que la sufre (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 97)<sup>10</sup>.

Queda claro entonces que las características de la violación sexual sufrida por MMMB hacen que esta constituya una forma de tortura, dado que:

- Fue realizada por personal militar con el consentimiento de la autoridad superior.
- Fue realizada como parte de un interrogatorio que tenía como propósito intimidar, degradar y controlar a la víctima.
- La intimidación o coerción ejercida buscaba la obtención de información o confesión de la víctima.

Más aún, la sala, al hacer referencia a la investigación hecha por la CVR y lo dicho por la perita experta Julissa Mantilla, reconoce que este aporte ha sido «valioso a fin de contextualizar y entender la sistematicidad con la que se producían estos tipos de eventos criminales contra mujeres detenidas en instalaciones militares o de carácter policial» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 98). Asimismo, cita el caso Raquel Martín de Mejía vs. Perú, en el que la Corte IDH reconoce que «en el caso del conflicto armado peruano había una masiva situación de violaciones sexuales que eran cometidas dentro del conflicto» (2016, p. 99).

En este punto, creemos que la sala pudo reconocer el importante aporte que ha hecho la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, no tanto para su aplicación directa en el caso —dado que los hechos se desarrollaron previamente a la entrada en vigencia de dicho tratado internacional—, sino más bien en la construcción de estándares para la interpretación de la Convención Americana, dado que el propio preámbulo de la

---

<sup>10</sup> Ver Corte IDH, 2010b, párr. 117.

Convención de Belém do Pará especifica que los derechos reconocidos allí no son «nuevos» derechos conferidos en la mujer, sino más bien derechos ya presentes en los instrumentos del sistema interamericano, como efectivamente lo hace la Corte IDH en el caso del penal Miguel Castro Castro vs Perú de 2006.

De manera expresa, la Corte IDH ha establecido que la violencia sexual —incluyendo la violación sexual— puede constituir tortura cuando el maltrato es intencional, causa severos sufrimientos físicos o mentales y se comete con determinado fin o propósito (Corte IDH, 2010a, párr. 91; y 2010b, párr. 110).

En el contexto internacional, desde la aprobación del *Protocolo de Estambul*<sup>11</sup>, se habla expresamente de «tortura sexual», la misma que:

[...] empieza por la desnudez forzada, que en muchos países es un factor constante en las situaciones de tortura. La persona nunca es tan vulnerable como cuando se encuentra desnuda y desvalida. La desnudez aumenta el terror psicológico de todos los aspectos de la tortura pues abre siempre la posibilidad de malos tratos, violación o sodomía. Además, las amenazas verbales, los insultos y las burlas sexuales forman parte de la tortura sexual pues incrementan la humillación y sus aspectos degradantes, todo lo cual forma parte del procedimiento. Para la mujer el toqueteo es traumático en todos los casos y se considera tortura” (Naciones Unidas, 2004, p. 79, párr. 215).

En esa línea, la CIDH, en el informe de fondo del caso de Linda Loaiza, especialmente referidos a violencia sexual, incorpora en su análisis al mencionado protocolo y concluye que «los graves actos de violencia física, psicológica y sexual sufridos por Linda Loaiza López

---

<sup>11</sup> El *Protocolo de Estambul* es el «manual de investigación y documentación efectiva sobre tortura, castigos y tratamientos crueles, inhumanos o degradante» que contiene reglas básicas basadas en los estándares internacionales en derechos humanos para la valoración médica y psicológica de una persona que se presume o haya sido víctima de tortura o algún maltrato. Fue adoptado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el año 2000.

también se encuentran comprendidos dentro de la prohibición absoluta de la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes» (CIDH, 2016, p. 64, párr. 225), por lo que será interesante el pronunciamiento de la corte sobre este caso.

De otra parte, a pesar del convencimiento de la Corte IDH del ejercicio de la violencia sexual como una práctica generalizada y sistemática ejercida por las fuerzas armadas y policiales en el marco del conflicto interno peruano, ello no lleva a que la sala extienda la responsabilidad penal a los oficiales que estuvieron a cargo de las dependencias militares donde ocurrieron los hechos o donde se desempeñaron los oficiales o suboficiales que tuvieron dichas conductas.

En efecto, en el caso bajo análisis, tanto el comandante general de brigada Luis Augusto Pérez Document, como el coronel del ejército Jaime Gutiérrez Tovar (jefe de estado mayor de la Primera DIVFFEE) son absueltos de los cargos imputados. El primero porque, si bien fue quien ordenó que Rodríguez Córdova que se haga cargo de las coordinaciones de las acciones que se dieron en el contexto del caso (detención de Brígida Noreñas e incautación de la dinamita), no se determina que fuese luego informado en detalle sobre los acontecimientos sobrevinientes, pues se encontraba fuera del país. En el caso del segundo, que asumió el cargo de Pérez Document durante su ausencia y por tanto tendría «dominio del hecho», la sala determina que no se ha probado su participación y/o conocimiento de los hechos.

Al respecto, creemos que se debería analizar no solo si los superiores participaron de los hechos, sino también si los toleraron, aun cuando no hubieran sido reportados al detalle. En ese sentido, no basta con probar que los hechos no le fueron reportados, sino que se deberían analizar si ellos —dado su cargo— debieron haberlos conocido y si adoptaron las medidas necesarias para que cesaran; además, si cuando tuvieron conocimiento de los hechos, los denunciaron y buscaron sanción para los responsables. Sobre todo si los locales de la Dincote en Lima se convirtieron en centros de tortura y violencia sexual frecuentes,

tal como ha sido señalado en el informe final de la CVR: «En el caso de las fuerzas policiales, merece especial mención el local en Lima de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (Dincote), el cual ha sido identificado por gran número de testimoniantes que han acudido a la CVR, como un espacio en el que la violencia sexual se produjo reiteradamente» (CVR, 2003, VI, p. 322).

En ese sentido, creemos que amerita una mayor investigación este extremo de la sentencia, sobre todo si en la investigación se prueba no solo que MMMB fue violada durante el interrogatorio en sede de la DIVFFEE, sino que también lo fue Brígida Noreña, quien sufrió las mismas vejaciones por el mismo grupo operativo bajo las órdenes y en presencia de Rodríguez Córdova (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, pp. 70 y ss.), lo que demostraría un *modus operandi* en la DIVFFEE por aquella época.

### **3.3. La prueba del ADN y la necesidad de llevar a cabo diligencias que no vulneren innecesariamente la dignidad de las víctimas**

Otro aspecto interesante de la sentencia es que, a pesar que los acusados se habían sometido a una prueba de ADN, la agraviada no autorizó la realización de dicha prueba respecto de la niña nacida como producto de la violación. Al respecto creemos que es necesario revisar varios aspectos.

#### **3.3.1. La prueba del ADN como prueba determinante sobre lo que pasó en ausencia de reconocimiento oficial de los hechos o sus responsabilidades**

Si bien la práctica de la prueba del ADN sobre la niña hubiera sido determinante para probar el hecho de la violación y la identificación de responsabilidad —por lo menos en uno de los acusados—, el tribunal, al merituar las declaraciones de la agraviada como reiteradas y coherentes, además de corroboradas con datos periféricos, considera (de forma correcta, en nuestra opinión) suficientemente probada la violación, aun cuando no se hubiera corroborado con la prueba del ADN.

En esta decisión, la sala se aparta del criterio establecido en la sentencia de la Corte Suprema recaída en la casación 292-2014 (Áncash), publicada el 27 de febrero de 2016 en el diario oficial *El Peruano*, que estableció, como doctrina jurisprudencial vinculante para la valoración de la prueba científica de ADN en los delitos de violación sexual, que:

3.3.4. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

Dicha doctrina, que había sido señalada por la defensa, no fue seguida por el tribunal por cuanto en el caso de la violación sexual sufrida por MMB no se está ante una violación por una sola persona —que era el supuesto de la casación referida—, sino ante una violación múltiple, por lo que dicha prueba no resultaría indispensable para que el colegiado concluya que «la agraviada sufrió actos de violación sexual múltiple, esto es que fue realizada por varios agentes, y que producto de este evento, procreo una niña» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 93).

### **3.3.2. Diligencias que no vulneren innecesariamente la dignidad de las víctimas**

De otro lado, el análisis que hace el tribunal para no tomar en cuenta la prueba del ADN como prueba determinante de la violación nos parece relevante. En efecto, la sala había establecido que «solo se llevaría a cabo dicho examen biológico, si así era aceptado por la parte agraviada» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 91). Ello por cuanto se tuvo en consideración lo dicho por la perita psicóloga Matilde Caplanzky, quien había señalado en juicio que «persistir en citar a la agraviada era someterla a una revictimización» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 91).

Al respecto, Katya Salazar relata que:

A pedido de los abogados de la víctima, la Fiscalía solicitó al Ministerio de Defensa fotografías de los oficiales adscritos a la unidad que estuvo a cargo de la detención de María Magdalena Monteza cuando ocurrieron los hechos. El parecido entre uno de los efectivos y la hija de María Magdalena Monteza es sorprendente y los abogados de las víctimas pidieron la realización de una prueba de ADN. Lamentablemente, este proceso se ha paralizado por los temores que tiene Monteza de saber quién es el padre biológico de su hija, quien además es su violador, y el temor a perder ciertos derechos sobre ella (Salazar, 2006, p. 205).

En este punto, creemos relevante reconocer el esfuerzo hecho por la sala por balancear la necesidad de encontrar la verdad de los hechos, fundamental para administrar justicia y el necesario respeto por la dignidad de la víctima, de manera tal que se le reconoce su derecho a no autorizar la realización de un examen (como el de ADN) que hubiera podido coadyuvar a la identificación de responsabilidades.

En ese sentido, es totalmente comprensible la reticencia de la agraviada a la realización de la prueba por el presumible miedo a las consecuencias de la identificación del agresor, en el caso de que la revelación pueda tener consecuencias negativas para la víctima, como lo sería la exigencia del reconocimiento de paternidad biológica sobre la niña por parte del agresor.

#### **3.4. La niña como víctima del delito de violación sexual**

Por último, no podemos dejar de reflexionar sobre la situación de la niña producto de la violación como víctima del delito. Al respecto, nos parece correcta la apreciación del tribunal cuando considera que la niña: «[...] efectivamente tiene la condición de (víctima directa del evento), por haber sufrido las consecuencias de los hechos de los que fue agraviada su madre, el tener como incertidumbre quién es su padre, y la posibilidad

de que este sea uno de los autores de la violencia sexual que sufriera MMB [...]» (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 91).

Al respecto, es todavía poco lo analizado sobre el impacto que la violencia sexual ejercida contra sus madres puede tener en los niños y niñas nacidos como producto de esta (Theidon, 2015). En el caso concreto que analizamos, creemos que la negativa a practicarle el ADN a su hija por parte de MMB fue una decisión que entraña un dilema ético importante que tiene varias aristas:

- La posibilidad de corroborar su testimonio de violación, corriendo el riesgo que la sala considere no probado el delito imputado, dado que hasta el momento de la sentencia la agraviada no sabía si sus declaraciones iban a ser suficientemente meritadas o no por la sala.
- La posibilidad de identificar fehacientemente por lo menos a uno de los autores materiales del crimen y, por tanto, garantizar la imputación de responsabilidad y subsecuente condena.
- El derecho de la niña a conocer la identidad biológica de su padre y, por tanto, su filiación.

Al respecto, el no haberse practicado la prueba del ADN en el juicio no ha perjudicado de ninguna manera el derecho de la niña a conocer su filiación con el padre biológico; sin embargo, la madre ha decidido que sea la propia hija la que ejerza o no ese derecho cuando lo crea conveniente. Ello por cuanto el derecho a conocer la identidad biológica es un derecho imprescriptible (como se dice en el considerando noveno del proceso de amparo 4167-2011 de la Corte Suprema, del 7 de agosto de 2012). De otro lado, en el supuesto que la niña desee practicarse la prueba más adelante, será identificado el violador de la madre y eventualmente podrá cumplir condena, dado que, al ser este hecho catalogado como un delito de lesa humanidad, también está sujeto a las reglas de imprescriptibilidad.

En ese sentido, creemos que el difícil dilema moral que puede haber vivido la madre se ha resuelto de la mejor manera teniendo en cuenta el interés superior de la infancia. Una decisión diferente por parte de la madre hubiese podido tener consecuencias devastadoras para el menor, dado que hubieran sido inciertas las consecuencias de dicha revelación, en tanto puede que el padre biológico desee el reconocimiento de paternidad o el otorgarle sus apellidos a la menor, etc.; todo lo cual la habría conducido a transitar de nuevo conductos judiciales de los que quizás desea alejarse, o probablemente causarle un alto impacto psicológico a la niña al identificar y personalizar al padre como violador de su madre.

La valiente decisión de MMMB de haber hecho público su caso, por cierto, conlleva a que su hija, en algún momento, conozca la verdad de su origen. Sin embargo, la madre preservó para aquella (la otra víctima del crimen) el derecho a identificar a quien, habiéndole causado tanto dolor a la madre, también le dio la vida. De este modo, la sala actuó de forma correcta al respetar la decisión de la madre y valorar todas las demás pruebas del delito, así como en identificar a la menor hija como víctima del mismo y, por tanto, con derecho —al igual que la madre— a la reparación civil (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016, p. 162).

#### **4. CONCLUSIONES**

Esta sentencia constituye la primera por violación sexual durante el conflicto armado que se emite en el Perú, luego del desarrollo en el sistema interamericano de importantes estándares para la acreditación efectiva de los actos de violencia sexual, tanto en lo que se refiere a las exigencias probatorias en casos específicos de violación sexual, como al reconocimiento de esta como hecho de contexto.

Si bien la violencia sexual sobre la mujer ha sido una constante en conflictos armados, el desarrollo jurisprudencial internacional y los significativos avances de la Corte IDH han permitido que se reconozca

como una política del Estado en el contexto del conflicto armado interno y, por tanto, susceptible de comprenderse como delito de lesa humanidad, aun cuando ello no esté tipificado en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Constituye un acierto de la sala integrar las normas de derecho penal internacional, en particular el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, para su aplicación en la sentencia. Sin embargo, resulta urgente integrarlas en nuestra legislación, tanto en materia sustantiva como procesal, para que puedan ser efectivamente aplicadas.

La valoración de las declaraciones de la agraviada en sede preliminar y de instrucción, como prueba del delito de violación sexual, sin necesidad de una nueva declaración en el juicio oral, evitando así su revictimización, es uno de los aspectos más destacables de esta sentencia. Esta decisión se enmarca en los estándares establecidos internamente por los acuerdos plenarios de la Corte Suprema, así como con los estándares establecidos por la CIDH.

La valoración de la declaración de la agraviada, si bien fue suficiente para demostrar la comisión del delito de violación, no lo fue para imputar responsabilidad como autores materiales a los acusados. Ello porque el principio de presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución y en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos.

En relación con la autoría mediata, creemos que es posible que se extienda la responsabilidad penal a los oficiales que estuvieron a cargo de las dependencias militares donde ocurrieron los hechos o donde se desempeñaron los oficiales o suboficiales que realizaron dichas conductas, sobre todo si está probado que los locales de la Dincote en Lima se convirtieron en centros de tortura y violencia sexual frecuentes. En ese sentido, no debe bastar con probar que los hechos no le fueron reportados a los oficiales de mayor jerarquía, sino que se debería probar si ellos, dado su cargo, debieron haberlos conocido y si adoptaron las medidas necesarias para que cesaran; además, si cuando tuvieron

conocimiento de los hechos, los denunciaron y buscaron sanción para los responsables.

Resulta paradójico que la denuncia y la sentencia coincidieron en la existencia del delito de violación sexual bajo un contexto de lesa humanidad, lo que fundamenta la condena de un autor mediato respecto de la violación en cuestión y que, pese a lo anterior, la sentencia no encuentra responsabilidades en los superiores que debían conocer la existencia del mencionado contexto. Asimismo, llama la atención que la sentencia tampoco encuentra responsabilidad en los ocho denunciados como autores materiales, ya sea como cómplices y, luego, encubridores de los violadores sexuales de MMB.

El no haberse practicado la prueba de ADN en el juicio no ha perjudicado de ninguna manera el derecho de la niña a conocer su filiación con el padre biológico, dado que este derecho lo puede ejercer posteriormente y más bien se ha respetado el principio del interés superior de la infancia al dejar que sea la propia hija la que ejerza o no ese derecho cuando lo crea conveniente.

## BIBLIOGRAFÍA

Alberto Juliano, Mario (2013). Las dificultades probatorias den los delitos contra la integridad sexual. *Revista Pensamiento Penal*, 4 de julio. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/36552-dificultades-probatorias-delitos-contra-integridad-sexual> (consultado el 21 de febrero de 2018).

Asamblea General de la ONU (1998). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 17 de julio. Recuperado de [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

Astocondor Salazar, Gisela, Andrea Ofracio Serna & Tania Raico Gallard (2011). La judicialización de la violencia sexual en el conflicto armado en Perú: a propósito de los recientes estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH. *Revista IIDH*, 53, 213-259.

- Beristain, Carlos Martín (2007). Tendiendo puentes: la dimensión de la justicia en la cosmovisión de las víctimas ¿cómo evitar que la judicialización se convierta en una nueva forma de violación de derechos humanos? En *Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno: seminario internacional* (pp. 275-306). Lima: Consejería en Proyectos (PCS).
- Boesten, Jelke (2010). Analizando los regímenes de violación en la intersección entre la guerra y la paz en el Perú. *Debates en Sociología*, 35, 69-93.
- Canchari Canchari, Rocío Yudith (2016). Mujer, memoria y conflicto armado en Perú: hacía una perspectiva de responsabilidad para proteger a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. En *Mujeres e investigación. Aportaciones interdisciplinarias: VI Congreso Universitario Internacional Investigación y Género* (pp. 95-107). Sevilla: Seminario Interdisciplinar de Estudios de las Mujeres de la Universidad de Sevilla (SIEMUS).
- CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016). *Informe No. 33/16. Caso 12.797. Informe de fondo. Linda Loaiza López Soto y familiares. Venezuela*. 29 de julio. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12797FondoEs.pdf>.
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010a). Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia del 30 de agosto. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_215\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010b). Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia del 31 de agosto. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_216\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Sentencia del 20 de noviembre. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_289\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf).
- Corte Suprema de Justicia del Perú (2005). Acuerdo plenario 2-2005/CJ-116. Concordanca jurisprudencial del artículo 116 TUO LOPJ. Asunto: requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado. 30 de setiembre. Recuperado de <http://www.justiciaviva.org.pe/especiales/euj2010/16.pdf>.

- Corte Suprema de Justicia del Perú (2011). Acuerdo plenario 1-2011/CJ-116. Fundamento artículo 116 TUO LOPJ. Asunto: apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. 6 de diciembre. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/10b3e2004075b5dcb483f499ab657107/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%B0+1-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=10b3e2004075b5dcb483f499ab657107>.
- Corte Suprema de Justicia del Perú (2016). Proceso penal 340-2010, caso MMMB, Sala Penal Nacional (sentencia del 26 de octubre).
- CVR - Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). *Informe final* (tomos I, III, VI y VIII; y anexo 4). Lima: CVR.
- Defensoría del Pueblo (2004). *Violencia política en el Perú: 1980-1996. Un Acercamiento desde la perspectiva de género*. Informe defensorial 80. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/informes/informe-defensorial-no-80/>.
- Defensoría del Pueblo (2007). *El Estado frente a las víctimas de la violencia ¿Hacia dónde vamos en políticas de reparación y justicia?* Informe defensorial 128. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/informes/informe-defensorial-no-128/>.
- Flores Torres, Rigoberto (2011). La prueba científica del ADN en los delitos contra la libertad sexual. A propósito de la casación 292-2014-Ancash. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 21(211), 29-40.
- Fries, Lorena (coord.) (2008). *Sin tregua. Políticas de reparación para mujeres víctimas de violencia sexual durante dictaduras y conflictos armados*. Santiago de Chile: Corporación Humanas.
- Granados Mérida, Luis Fernando (2015). *El valor de la prueba de ADN dentro de la investigación criminal en casos de asesinatos y violaciones*. Tesis de Licenciatura en Investigación criminal y forense. Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. Guatemala.
- Higa Silva, César (2013). El derecho a la presunción de inocencia desde un punto de vista constitucional. *Revista Derecho y Sociedad*, 40, 113- 120.
- Lerner Febres, Salomón (2003). Discurso en la presentación del informe final de la CVR ante el pueblo de Ayacucho y ante toda la nación, 29 de agosto. Recuperado de <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/discurso02.php> (consultado el 5 de enero de 2018).

- Loli, Silvia, Eduardo Espinoza & José Carlos Agüero (2007). Violencia sexual en conflicto armado. Informe Nacional del Perú. En *Monitoreo sobre violencia sexual en conflicto armado. En Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Perú* (pp. 191-305). Lima: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM).
- Mantilla Falcón, Julissa (2003). Violencia sexual contra las mujeres: la experiencia de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. *Revista Derecho y Sociedad*, 21, 37-44.
- Mantilla Falcón, Julissa (2005). Reparaciones con perspectiva de género: haciendo visible lo invisible. *Coyuntura. Análisis Económico y Social de Actualidad*, setiembre-octubre, 24-25.
- Mariezurrena, Javier & Pablo Rovatti (2017). Valoración de la prueba de la violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Eduardo Ferrer MacGregor y Rogelio Flores Pantoja (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* (pp. 541-574). Querétaro, México: Instituto de Investigaciones Constitucionales del Estado de Querétaro, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Monzón Cifuentes, Luz Marina (2010). *Reparación para las mujeres víctimas de violencia en el conflicto armado. Una aproximación a la formulación de criterios para su determinación*. Colombia: Corporación Sisma Mujer, Cooperación Alemana al Desarrollo (GIZ).
- Naciones Unidas - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004). *Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.
- Panta Cueva, David Fernando & Vladimir Somocurcio Quiñones. La declaración de la víctima en los delitos sexuales: ¿Inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria? Análisis del Acuerdo Plenario Nro. 2-2005/CJ-116. Recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derecho penal/articulos/a\\_20080526\\_58.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derecho penal/articulos/a_20080526_58.pdf) (consultado el 15 de enero 2018).

- PCS - Consejería de Proyectos (2006). *Impunidad: pongámosle fin. Violencia sexual contra las mujeres en conflicto armado y post conflicto en América Latina*. Perú: PCS y Solidaridad Internacional.
- Portal Farfán, Diana Carolina (2008). *Violencia sexual en conflictos armados: evolución del derecho y el acceso a la justicia de las mujeres*. Lima: DEMUS.
- Ríos, Jerónimo & Roberto Brocate (2017). Violencia sexual como crimen de lesa humanidad: los casos de Guatemala y Perú. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 117, 79-99.
- Salazar, Katya (2006). Género, violencia sexual y derecho penal en el período posterior al conflicto en el Perú / Katya Salazar Luzula. En Lisa Magarrell y Leonardo Filippini (eds.), *El legado de la verdad: la justicia penal en la transición peruana* (pp. 185-209). Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional; Perú: IDEHPUCP.
- Salmón, Elizabeth & Cristina Blanco (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP, Cooperación Alemana al Desarrollo (GIZ).
- Santoyo Granados, Melissa María (2014). *Debates procesales y sustantivos respecto a la persecución penal de la violación sexual desde una perspectiva de género*. Tesis para optar el grado de Maestría en Derechos Humanos y Democracia. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). México.
- Theidon, Kimberly (2015). Ocultos a plena luz: los niños nacidos de la violencia sexual en tiempos de guerra. *Análisis Político*, 85, setiembre-diciembre, 158-172.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2005). Expediente 4587-2004-AA/TC, Santiago Martín Rivas, sentencia del 29 de noviembre. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.pdf>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2010). Expediente 01768-2009-PA/TC, Mario Gonzales Maruri, sentencia del 2 de junio. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01768-2009-AA.html>.
- UFEM - Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (s/f). *Jurisprudencia y doctrina sobre violencia sexual*. Argentina: Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación.

Zelada, Carlos J. & Diego A. Mauricio Ocampo Acuña (2012). Develando lo invisible: la feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey*, 9, 138-190.

Fondo Editorial PUCP

**CASO GAMBINI VIDAL**  
**UN HITO EN EL RECONOCIMIENTO**  
**DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER<sup>1</sup>**

Marcela Huaita

**FICHA DEL CASO**

1982	2001	2004	2004	2008
5 de junio	1 de diciembre	21 de mayo	13 de octubre	6 de noviembre
El Estado peruano ratifica la CEDAW mediante la resolución legislativa 23432.	La señora Gambini Vidal empieza a trabajar en la entidad SBLM hasta el 24 de mayo de 2004.	La SBLM le comunica a la señora Gambini Vidal que dará por finalizado su contrato y concluirá en un mes, luego de avisar sobre su embarazo.	La señora Gambini Vidal interpone demanda de amparo contra la SBLM y el MIMDES para que se deje sin efecto el despido discriminatorio.	El TC emite sentencia sobre el caso Gambini Vidal y declara fundada la demanda de amparo.

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, la autora recibió los aportes de Mario Cépeda, además de los comentarios del equipo de investigadores.

## RESUMEN

El análisis del caso Gambini Vidal permite vislumbrar una inicial incorporación de la perspectiva de género por parte del TC peruano, además de brindar elementos importantes de análisis en diferentes campos del derecho. A lo largo de la sentencia, se abordan instituciones jurídicas de suma importancia: en el ámbito del derecho constitucional, discute el principio de igualdad y no discriminación; en el derecho internacional, reconoce los instrumentos de protección de los derechos humanos de las mujeres; en el derecho laboral, analiza las causales de despido por razón de sexo, el principio de primacía de la realidad, entre otros aspectos jurídicos relevantes. La sentencia —que aparentemente llega un poco tarde al reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres en el Perú, dado que ello ya había sido dispuesto en sendas normas tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo—, tiene también un valor simbólico (y paradójico) al pronunciarse en favor de los derechos humanos de una madre trabajadora que prestaba servicios en una dependencia del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MINDES), institución estatal cuya misión era justamente la promoción y defensa de los derechos de la mujer.

## 1. INTRODUCCIÓN

Luego de más de 25 años desde que el Estado peruano<sup>2</sup> había ratificado la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (más conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés), en 2008 el TC —que inició sus funciones en 1996— por primera vez integra de manera extensa este importante tratado de derechos humanos para proteger el derecho de una mujer a no ser discriminada por

---

<sup>2</sup> El Estado peruano suscribió la CEDAW en 1981, ratificándola el Congreso mediante la resolución legislativa 23432 en 1982. A nivel internacional, la CEDAW fue aprobada en 1979 y entró en vigor en 1981.

razón de embarazo. En efecto, la CEDAW había sido invocada anteriormente como alegación de las partes o de manera marginal en algún fundamento jurídico (Huaita Alegre, 2017), pero no había sido materia de desarrollo jurisprudencial como lo fue en el caso de la señora Gambini Vidal. Así, la sentencia marca un hito relevante en la utilización en la jurisprudencia constitucional del tratado más importante en el derecho internacional de los derechos humanos para la protección de los derechos de las mujeres. A pesar de ello, en el desarrollo posterior de la jurisprudencia de este tribunal, no se encuentra un volumen importante de jurisprudencia relativa a su protección (Garcés Peralta & Portal Farfán, 2016), ni tampoco la utilización de la CEDAW como un marco de referencia relevante (Huaita Alegre, 2017) en el quehacer de este tribunal.

Esta sentencia permite al TC peruano reconocer la intrínseca desigualdad que existe en las relaciones entre hombres y mujeres, en especial cuando se trata de ejercer sus derechos —en este caso, los derechos reproductivos—, obligándolo a buscar la explicación en las estructuras de poder en la sociedad. En ese sentido, encontramos una inicial incorporación de la perspectiva de género, por parte del TC, al reflexionar sobre problemáticas sociales que afectan particularmente a las mujeres. Sin duda, la incorporación de esta perspectiva en el sistema jurídico, tanto desde aspectos normativos como en la jurisprudencia, resulta de especial importancia para el reconocimiento de derechos en aspectos especialmente sensibles en las relaciones entre hombres y mujeres, como el caso bajo análisis.

Sin embargo, la jurisprudencia del caso Gambini Vidal no es referida de manera posterior por el propio tribunal, al no haber sido identificada como un precedente vinculante<sup>3</sup>, aunque sí es utilizada de manera

---

<sup>3</sup> Un precedente vinculante es una regla jurídica que se establece en un caso particular, pero que el tribunal dispone que se aplique como regla general en todos los casos posteriores y, por tanto, se convierte en una regla de observancia obligatoria para

recurrente en diferentes análisis doctrinarios sobre igualdad y no discriminación (Ávalos Alva, 2014; Carpio Marcos & Sar Suárez, 2014; Pazo Pineda, 2014; Salomé Resurrección, 2015), derechos humanos de las mujeres (Garcés Peralta & Portal Farfán, 2016; Huaita Alegre, 2017; Novoa Campos, 2016), derecho laboral y causales de despido por razón de sexo (Arévalo Vela, 2017; Atahuamán Sumarán, 2015; Canessa Montejo, 2015; Pacheco Zerga, 2009), principio de primacía de la realidad (Neves Mujica, 2009; Toledo Toribio, 2013; y Ugarte Gonzales, 2009), entre otros aspectos jurídicos<sup>4</sup> relevantes de la sentencia; incluso es utilizada por la administración pública para sustentar sus resoluciones y razonamientos legales.

En ese sentido, se puede ver que, a pesar de la importancia de la sentencia en lo relativo a las materias que desarrolla, su uso como jurisprudencia clave para la protección de los derechos humanos de las mujeres no ha sido extensa. Como se ha señalado, el mayor uso de la misma se encuentra en tribunales de menor jerarquía o en el plano administrativo del sector público.

A continuación, pasaremos a desarrollar el caso Gambini Vidal, así como la sentencia, con el fin de presentar un panorama que complejice el contexto en el que se desarrolla y brinde luces sobre los puntos que la misma aborda.

---

la justicia ordinaria. El artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional establece que: «Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo». En el caso Gambini Vidal, el TC no identifica ningún aparte de la sentencia como «precedente vinculante», por lo que su razonamiento no se convierte en regla de aplicación obligatoria en ninguno de sus extremos.

<sup>4</sup> Por ejemplo, sobre el principio de *ius cogens*, ver Nogueira Alcalá, s/f.

## **2. DESARROLLO DEL CASO**

### **2.1. Contexto sociopolítico**

Como ya se ha dicho, la sentencia Gambini Vidal sobre discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral se dicta en 2008, luego que en el Perú ya se habían dado avances importantes desde los poderes Legislativo y Ejecutivo, tanto en relación con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres como respecto de la condena contra la discriminación en todas sus formas, incluso la discriminación por razón de sexo.

En efecto, en un rápido recuento, podemos decir que, en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación entre hombres y mujeres, marca un hito la Política 11 del Acuerdo Nacional, debatido en el primer semestre de 2002 y suscrito en julio de ese mismo año<sup>5</sup>. Justamente, como producto de este proceso, en junio del mismo año, la entonces titular del Ministerio de la Mujer y Promoción del Desarrollo Humano (PROMUDEH)<sup>6</sup>, Cecilia Blondet, impulsó desde el Ejecutivo el primer proyecto de ley de igualdad de oportunidades con equidad de género<sup>7</sup>, la cual es aprobada recién cinco años después, en el año 2007, luego de un período legislativo que se caracterizó

---

<sup>5</sup> El Acuerdo Nacional, además de ser un documento que contiene un conjunto de políticas de Estado (35) que fueron reunidas bajo cuatro ejes temáticos, es también un espacio tripartito de diálogo y construcción de consensos conformado por el gobierno en sus tres niveles y las principales instituciones políticas y sociales del país. Pensado por el presidente Valentín Paniagua durante el gobierno de transición (2011), fue finalmente implementado en 2002, durante el gobierno de Toledo, con una visión de país hacia el bicentenario (2021).

<sup>6</sup> El PROMUDEH, a partir de julio de 2002, cambió su nombre por Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) y, a partir de febrero de 2012, por Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP).

<sup>7</sup> Se puede ver, en la web del Congreso, el proyecto de ley 3125/2001-CR.

por una ardua discusión<sup>8</sup> y polarización entre grupos conservadores y progresistas, entre los que se encontraban las organizaciones feministas organizadas en el «Colectivo por la igualdad de oportunidades»<sup>9</sup>. Ya con el nuevo gobierno, en 2006, se presentan nuevos proyectos de ley sobre la materia<sup>10</sup> y es aprobada, en el Congreso, el 8 de marzo de 2007 y promulgada el 16 de marzo del mismo año, la ley 28983 (ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres). Ese mismo mes, el Poder Ejecutivo aprueba el decreto supremo 027-2007-PCM, referido a las políticas nacionales de obligatorio cumplimiento para las entidades

---

<sup>8</sup> Bajo el gobierno de Toledo, hubo una permanente pugna entre tendencias conservadoras y liberales en materia de género. De hecho, la discusión de la ley de igualdad de oportunidades con equidad de género lo demuestra. Luego de la presentación del proyecto de ley 3125/2012-CR impulsado por la ministra Blondet, siendo premier Roberto Dañino, al cambiar el gabinete en julio de 2012, el Poder Ejecutivo, liderado por Luis Solari como premier y siendo Ana María Romero la ministra de la Mujer, se retira el proyecto y lo reemplaza por otro, esta vez sin incluir la palabra «género». En este periodo, en el Congreso se presentan varios proyectos de ley y es aprobada una versión final en julio de 2006, la que no llegó a ser promulgada por observación del Ejecutivo, siendo premier Pedro Pablo Kuczynski y Ana María Romero, ministra de la Mujer.

<sup>9</sup> Este colectivo, cuyo objetivo fue promover condiciones favorables para la aprobación de una ley de igualdad de oportunidades, estuvo integrado por: el Movimiento Manuela Ramos, el DEMUS (Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer), el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, el Centro de Promoción y Capacitación del Oriente (Cepco-Tarapoto), el Movimiento Amplio de Mujeres (línea fundacional), el Grupo Impulsor Nacional «Mujeres por la igualdad real», la Radio Milenia, la Red Nacional de Promoción de la Mujer, la Federación de Mujeres Organizadas de Comedores Populares Autogestionarios y Afines de Lima y Callao, el CLADEM Perú, la Asociación Aurora Vivar, el CENDOC Mujer, la CGTP - Mujer Foro por la Equidad de Género de Arequipa, el Grupo Género y Economía, la Mesa de Género de Piura, el MHOL - Mujer, el Movimiento El Pozo y el MUSAS.

<sup>10</sup> Entre los proyectos de ley que se presentan, está uno de Hilaria Supa: el proyecto de ley 358-2006-CR, que había sido elaborado por el Colectivo Mujeres por la Igualdad de Oportunidades. Asimismo, cabe resaltar que en esa legislatura la presidencia del Congreso la ejercía Mercedes Cabanillas y que, tras conformarse la Mesa de Mujeres Parlamentarias, presidida por Rosario Sasieta, esta había puesto prioridad a dicha norma en su agenda legislativa.

del gobierno nacional, que dispone, en materia de igualdad de género: promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en las políticas públicas, planes nacionales y prácticas del Estado, así como en la contratación de servidores públicos y el acceso a los cargos directivos (artículo 2, 2.1). Ambas normas están vigentes en la actualidad.

De otro lado, en materia de no discriminación por razón de sexo, en mayo del año 2000, se aprobó la ley 27270 que por primera vez incorporó al Código Penal el delito de discriminación y señala, como una de las causales prohibidas, justamente la discriminación sexual<sup>11</sup>. Asimismo, en 2005, fue aprobado el Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010, mediante el decreto supremo 017-2005-JUS, que tenía como uno de sus objetivos primordiales adecuar la legislación nacional en concordancia a los convenios y tratados internacionales en función del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de todo tipo de discriminación.

Otro punto de interés es que, en febrero de 2007, se conocieron las observaciones que hizo el comité CEDAW al sexto informe periódico presentado por el Perú (2007), en el que expresamente se instó al Estado a «que ejecute programas destinados a los fiscales, jueces y abogados en los que se traten todos los aspectos pertinentes de la Convención y el Protocolo Facultativo» (Comité CEDAW, 2007, párr. 23) y solicita que el Estado responda las observaciones hechas en su próximo informe periódico, a ser presentado en 2011 (Comité CEDAW, 2007, párr. 42); es decir, al comité CEDAW le interesaba que el Poder Judicial peruano fuese capacitado en el uso de esta normativa para la protección de los derechos de las mujeres.

---

<sup>11</sup> Esta fue modificada posteriormente por la ley 28867, promulgada el 8 de agosto de 2006 por el presidente Alan García, en los primeros días de su segundo mandato, que incorpora, entre otros cambios, la definición de discriminación como «la acción realizada con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de una persona o grupo de personas».

Podemos decir, además, que de manera contemporánea a la sentencia Gambini Vidal, la Defensoría del Pueblo, esta vez liderada por otra mujer, Beatriz Merino, en cumplimiento de sus funciones, había desarrollado dos reportes inéditos hasta ese momento en nuestro país. En 2007, se desarrolló el primer reporte sobre no discriminación en el Perú (Defensoría del Pueblo, 2007) y, en 2008, el primer reporte sobre el cumplimiento de la ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (marzo-diciembre, 2007)<sup>12</sup>.

Así pues, la sentencia emitida en 2008 da cuenta de un proceso extenso de transformación en la administración pública desde el retorno a la democracia en materia de derechos humanos de las mujeres. En ese sentido, se trata de una transformación resultado del avance en la sociedad peruana promovido, en su gran mayoría, a través de la incidencia de la sociedad civil organizada y que se refleja en todos los poderes del Estado, así como en los organismos constitucionalmente autónomos, lo mismo que es reconocido en la propia sentencia. Con esto, el caso Gambini Vidal se trataría de un punto de culminación y quiebre que aseguraría el reconocimiento jurídico de los derechos de la mujer como derechos humanos. No obstante y como ya se ha adelantado, la sentencia pasaría rápidamente a convertirse en una «oportunidad perdida» más que en una cuña para expandir y garantizar los derechos de las mujeres en general y la protección laboral de las mujeres en específico.

Si analizamos la sentencia dentro del propio desarrollo institucional del TC, resulta interesante abordar a los propios magistrados que la firman —tres hombres en un pleno que no contaba con ninguna mujer como magistrada—. En primer lugar, tenemos a Carlos Mesía Ramírez, miembro del tribunal entre 2006 y 2014, presidiéndolo entre julio y diciembre del 2008 y enero de 2011 a enero de 2012; así pues,

---

<sup>12</sup> Informe de adjuntía 001-2008-DP/ADDM, «Primer Reporte de la Defensoría del Pueblo sobre el Cumplimiento de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres» (marzo-diciembre, 2007).

es durante su primera presidencia que la sentencia ve la luz. En segundo lugar, se encuentra Juan Vergara Gotelli, miembro del tribunal entre 2004 y 2014, presidiéndolo de enero de 2009 a diciembre de 2010. Finalmente, Ernesto Álvarez Miranda, miembro del tribunal entre 2007 y 2014, además de presidente del mismo en 2012. Como se puede ver, se trata de tres magistrados de amplia experiencia constitucional y en el desempeño de la función, razón por la cual la sentencia se caracteriza por un razonamiento clásico dentro de la tradición del tribunal. Todos ellos, designados en el periodo de debate de la ley 28983 durante el gobierno de Alejandro Toledo; es decir, nombrados por el propio Congreso que debatía la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Adicionalmente, es importante mencionar que el propio TC recoge, en su memoria del año 2008, como caso relevante la sentencia Gambini Vidal, destacando que: «[E]n dicha sentencia el Tribunal Constitucional, por primera vez, desarrolló las siguientes materias: a) La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; b) La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos; y, c) La discriminación laboral por razón de sexo: el embarazo» (2008b, p. 60). De esta manera, se destaca el desarrollo de la sentencia en un contexto, cabe precisar, en el que no existe mayor avance jurisprudencial en materia de derechos de la mujer o enfoque de género por parte del TC.

## **2.2. Descripción del caso**

### **2.2.1. Los hechos del caso**

De acuerdo a lo establecido en el expediente, la señora Gambini Vidal ingresó a laborar en la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM, entidad que formaba parte del MIMDES) como apoderada judicial de la oficina de asesoría jurídica mediante contratos de servicios no personales, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 24 de mayo de 2004. La señora Gambini comunica a la SBLM que se encontraba

embarazada (TC, 2008b, p. 60), a pesar de lo cual y amparándose en que el contrato suscrito era por «servicios no personales»<sup>13</sup> y no de índole laboral, la entidad le comunica, con fecha 21 de mayo, que se dará por finalizado el contrato y, por lo tanto, extinguida la relación contractual al 30 de junio de 2004.

Con fecha 13 de octubre de 2004, la señora Gambini interpone demanda de amparo contra la SBLM y el MIMDES, solicitando que se deje sin efecto el despido discriminatorio del que habría sido objeto; ya que la SBLM habría utilizado la terminación del plazo del contrato para encubrir un despido discriminatorio por razones de género y cuya verdadera razón es el hecho de estar embarazada, lo cual vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. En consecuencia, solicita que se ordene su reposición en su puesto de trabajo con el abono de las remuneraciones dejadas de percibir.

En su respuesta a la demanda, el procurador público del MIMDES, en relación con el fondo del asunto, afirma que la SBLM desconocía la situación de embarazo de la señora Gambini, que además la relación contractual era privada puesto que no hubo concurso público para su ingreso a la carrera administrativa<sup>14</sup> y que, por tanto, el contrato suscrito había vencido, extinguiéndose así la relación contractual.

---

<sup>13</sup> En el Perú, medidas de austeridad fiscal —dadas durante las décadas de los años ochenta y noventa— llevaron a que, en el sector público, se sustituyan contratos de naturaleza laboral por otros de «servicios no personales», encubriendo así una típica relación laboral. En 2008, mediante el decreto legislativo 1057, se instituye el «régimen de contratación administrativa de servicios» (CAS) como régimen especial, por el cual se reconoce que los trabajadores sujetos a esta modalidad tienen derechos laborales limitados al descanso físico semanal y anual, no son comprendidos en los regímenes pensionarios ni tienen derecho a la atención de su salud, entre otros derechos que son típicos de una relación laboral. Posteriormente, la ley 29849 (2012) establece la eliminación progresiva de dicho régimen y otorga derechos laborales a estos trabajadores.

<sup>14</sup> La carrera administrativa se regía por el decreto legislativo 276 (1984), en el que sí se reconocía a las trabajadoras estatales licencia con goce de remuneración por estado de gravidez, antes y después del parto.

Además, deduce la excepción de caducidad e improcedencia de la demanda por haber transcurrido un tiempo excesivo entre los hechos y la interposición de la demanda<sup>15</sup>.

### 2.2.2. Desarrollo de la sentencia y resolución

#### *Tipo de régimen laboral: primacía de la realidad*

Un tema central para la protección de los derechos de la señora Gambini Vidal (en adelante, la demandante) era el tipo de régimen laboral que existía entre ella y la SBLM (en adelante, la demandada), pues solo si era una relación laboral correspondería analizar si podía o no ser despedida por justa causa. Por el contrario; si se trataba solo de una relación contractual de índole privada, no se habrían generado obligaciones de índole laboral con su empleadora y no se podría alegar despido.

En primer lugar, el tribunal señala que, de acuerdo a las pruebas presentadas, quedó demostrado que la demandante ingresó en la SBLM cuando ya se encontraba vigente la tercera disposición transitoria y complementaria de la ley 26918, que estipula que los trabajadores de las Sociedades de Beneficencia Pública están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, razón por la cual a la trabajadora no le era aplicable la ley 24041 —que justamente establecía un sistema de protección contra el despido para los trabajadores contratados por la administración pública—, normativa que había sido alegada por la demandante en la fundamentación de su petición. No obstante ello y amparándose en el principio *iura novit curia*<sup>16</sup> contenido en el artículo VIII

---

<sup>15</sup> Esta excepción es declarada infundada por el tribunal dado que el cómputo del plazo de prescripción se suspendió por la huelga de los trabajadores del Poder Judicial, por lo que la de interposición de la demanda era en tiempo hábil (TC, 2008a, f.j. 2).

<sup>16</sup> El principio *iura novit* es un aforismo latino que significa literalmente «el juez conoce el derecho», utilizado en el sentido que «el juez conoce el derecho aplicable» y, por tanto, le permite subsanar el error de derecho de las partes y aplicar la norma correspondiente. Sobre la aplicación de este principio, ver Calderón Beltrán, 2010; Murillo, 2014; y Zavaleta Velarde, *s/f*.

del Código Procesal Constitucional, el TC decide subsanar el error de derecho de la demandante y, por tanto, aplicar la norma que resulte correspondiente al caso (2008a, f.j. 4).

En su análisis del caso y teniendo en consideración las pruebas actuadas<sup>17</sup>, el TC establece que la relación que existiría entre la demandante y la SBLM —al margen de los documentos suscritos por las partes— era una relación de naturaleza laboral que entrañaba subordinación y permanencia. En esa línea de análisis, el TC aplica el «principio de primacía de la realidad»<sup>18</sup> y resuelve que la demandada solo podía despedir a la demandante por justa causa relacionada con su capacidad o conducta laboral, lo que no había sucedido en los hechos, por lo que la SBLM había vulnerado el derecho constitucional al trabajo de la demandante (2008a, f.j. 59).

#### *Despido discriminatorio por razón de sexo*

Una vez determinada la existencia de una relación laboral, lo que corresponde es determinar si la demandante, como alegó, ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo al encontrarse embarazada. Para ello, el TC consideró necesario abordar cinco aspectos:

- a) La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el derecho internacional de los derechos humanos

Al respecto, el TC se remonta en su análisis a la Carta de las Naciones Unidas (2008a, f.j. 10), pasando por la Declaración

<sup>17</sup> Una de las pruebas es un memorándum múltiple 043-2004-OGAF/SBLM, del 12 de mayo de 2004 (obrante a fojas 8), según el cual la SBLM le recordó a la demandante cuál era su horario de refrigerio y que, en caso de incumplimiento, sería excluida de la SBLM; es decir, se le impartía órdenes en relación con el cumplimiento de un horario de trabajo, característica de un contrato laboral dependiente (TC, 2008a, f.j. 58).

<sup>18</sup> El principio de la primacía de la realidad es uno muy arraigado en materia laboral, según el cual, más allá de los contratos suscritos, lo que determina si existe o no una relación laboral es la forma cómo en la práctica se ejecuta dicho contrato; es decir, la preeminencia de la realidad material sobre lo estipulado en el contrato. Ver Arce Ortiz, 2013.

Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008a, f.j. 11 y 12), para concluir que:

[...] en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe una cláusula general de igualdad de derechos de hombres y mujeres, y una cláusula que contiene la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación lo que constituye una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a grupos de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona humana (TC, 2008a, f.j. 13).

Además, que: «[...] la igualdad de los hombres y de las mujeres, así como la prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas del Derecho Internacional (*Ius Cogens*<sup>19</sup>) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el Art. 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969» (2008a, f.j. 14).

Es decir que, en su afán de reforzar la protección del derecho a la igualdad y no discriminación contra la mujer previsto en nuestra Constitución y en los tratados mencionados vigentes en el Perú, el TC alude a instituciones y normas del derecho internacional público, como es el *ius cogens* y la Convención sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena, 1969) de la que el Perú es parte, para no dejar duda de la importancia de este derecho y su garantía.

---

<sup>19</sup> Con esta expresión, en el derecho internacional se hace referencia al derecho que necesariamente deben cumplir los Estados, sin que puedan ser modificados a su voluntad y que normalmente está referido a las normas que tutelan los derechos fundamentales de la persona humana. Ver Loayza Tamayo, 2014.

b) La igualdad y obligación de no discriminación

El TC analiza luego la obligación de no discriminación de manera genérica y establece que esta obligación no debe confundirse «con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley» (2008a, f.j. 16).

El TC reconoce que los derechos a la igualdad y a la no discriminación se desprenden de la dignidad y naturaleza de la persona humana y que la igualdad es un principio rector de la actuación tanto del Estado como de los particulares (2008a, f.j. 17). En relación con la discriminación, cita el párrafo 7 de la observación general 18 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y establece que la discriminación es toda:

[...] distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (TC, 2008a, f.j. 16).

Y concluye que: «[...] la igualdad de las personas incluye: (i) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y (ii) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva» (2008a, f.j. 19).

En su argumentación, el TC no solo alude al sistema universal de derechos humanos, sino que también menciona al sistema interamericano a través de lo señalado por la Corte IDH en su opinión consultiva 4/84, que señala que: «[...] no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio,

porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana» (2008a, f.j. 20).

c) La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos

En este acápite, el TC alude nuevamente al marco internacional y cita tres instrumentos internacionales: la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer<sup>20</sup> (CEDAW) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDAW) (2008a, f.j. 22).

Luego de referir lo que para la CEDAW comprende la discriminación contra la mujer, el TC establece que esta cubre tanto «la igualdad de oportunidades (igualdad formal) como la igualdad de resultados (igualdad de facto)» (2008a, f.j. 25) y que, por lo tanto:

[...] la discriminación contra la mujer abarca toda diferencia de trato (distinción, exclusión o restricción) por motivos de sexo que: a) intencionada o no intencionadamente desfavorezca a la mujer; b) impida a la sociedad en su conjunto reconocer los derechos de la mujer en las esferas doméstica y pública; o, c) impida a la mujer gozar o ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de que son titulares (TC, 2008a, f.j. 25).

Asimismo, el TC reconoce la necesidad de que los Estados utilicen «medidas positivas de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades» (2008a, f.j. 26) y que:

En el caso de las mujeres las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden

---

<sup>20</sup> El TC utiliza la abreviatura CEDM para citar esta convención.

a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva (TC, 2008a, f.j. 27).

En este punto, el TC menciona como antecedente la STC 0001/0003-2003-AI/TC<sup>21</sup>, que reconoce «que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”» (2008a, f.j. 27) y refuerza su argumentación con lo establecido por la Corte IDH (1984, párr. 56), que ha señalado que algunas desigualdades de hecho «pueden ser un vehículo para realizarla [la justicia] o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles» (2008a, f.j. 28).

Finalmente y dejando ya el marco internacional, el TC reconoce que:

[...] el Estado peruano ha asumido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer o para remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad; de dar a las mujeres oportunidades de entablar acciones y pedir protección frente a la discriminación; de tomar las medidas necesarias para eliminar la discriminación tanto en la esfera pública como en el ámbito privado; y de adoptar medidas de acción positiva para acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer (TC, 2008a, f.j. 29).

En este acápite, el TC establece además que:

Cuando se utiliza la expresión “derechos humanos de la mujer” se está haciendo referencia, de forma enunciativa, a los derechos

---

<sup>21</sup> Expedientes 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, proceso de inconstitucionalidad sobre el principio de la seguridad jurídica y derecho a la propiedad, de 4 de julio de 2003.

humanos reconocidos expresamente en los instrumentos internacionales que tratan específicamente los derechos asociados con la condición de mujer, los cuales no excluyen el goce y el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Política (TC, 2008a, f.j. 30).

Asimismo, el TC recoge las obligaciones contenidas en los incisos a, b, c, d, c, e, f y g del artículo 2 de la CEDAW y menciona que los Estados parte han convenido asumir estas obligaciones para eliminar la discriminación contra la mujer. Luego hace un recuento de las principales medidas normativas que el Estado peruano ha adoptado con este fin, desde la ley 27270 del año 2000, que incorpora el delito de discriminación al Código Penal, hasta la ley 28983, aprobada en marzo de 2007, pasando por varias normas referidas a medidas afirmativas para promover la participación política de la mujer<sup>22</sup>.

d) La igualdad y la discriminación en materia laboral

En este punto, el TC parte del inciso 1 del artículo 26 de la Constitución para reconocer que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación (2008a, f.j. 34), a fin que tanto hombres como mujeres disfruten de un trabajo decente (2008a, f.j. 36). Al igual que en su análisis precedente, el TC alude a las normas internacionales especializadas, promovidas desde la OIT, como el convenio 100 sobre igualdad de remuneración, así como el convenio y la recomendación 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (2008a, f.j. 38).

---

<sup>22</sup> Las leyes 27387, 27680, 27683, 27734, 28094; así como los planes nacionales de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres 2006-2010 (DS 009-2005-MIMDES) y el plan nacional de derechos humanos 2006-2010 (DS 017-2005-JUS), entre otros.

En su análisis, el TC hace énfasis en que: «La protección contra la discriminación en el empleo y la ocupación es aplicable a todos los sectores del empleo y la ocupación, tanto públicos como privados» (2008a, f.j. 40) y manifiesta que la «discriminación laboral puede manifestarse cuando se busca un trabajo, en el empleo o al dejar este» (2008a, f.j. 42) y que puede ser directa o indirecta (2008a, f.j. 44 y 45). Reconoce, sin embargo, que no son discriminatorias «las medidas especiales que conllevan un trato diferenciado para quienes tienen necesidades particulares por razones de género, o de discapacidad mental, sensorial o física» (2008a, f.j. 43).

En lo que respecta al ámbito nacional, el TC establece que: «El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el empleo y la ocupación se encuentra reconocida tanto en el régimen laboral que regula la actividad pública como en el régimen laboral que regula la actividad privada», citando la normatividad pertinente para cada caso (2008a, f.j. 46).

e) La discriminación por razón de sexo: el embarazo

En el caso de las mujeres, de acuerdo a lo afirmado por el TC, «la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica» (2008a, f.j. 48). Asimismo, establece que:

49. [...] que la discriminación laboral por razón de sexo comprende no solo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo.

50. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente

a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2) del Art. 2 de la Constitución Política (TC, 2008a, f.j. 49).

En esa línea, el TC manifiesta que:

[...] puede concluirse que la mujer embarazada está protegida contra todo despido por razón de su condición durante el período de embarazo. Es más, el inciso e) del Art. 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR prescribe que el despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido (2008a, f.j. 55).

Insistiendo en que «cuando se sostenga que se es objeto de una conducta discriminatoria, debe acreditarse la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato, para lo cual se requiere, por lo menos, la prueba indiciaria» (2008a, f.j. 56).

Luego de resumir la sentencia, pasemos ahora a revisar algunos de sus aspectos más saltantes.

### **3. IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA Y RESOLUCIÓN**

El TC peruano se ha pronunciado relativamente poco en relación con la protección de los derechos humanos de la mujer (Garcés Peralta & Portal Farfán, 2016) y adicionalmente ha integrado de manera muy esporádica el marco internacional de los derechos humanos para fundamentar esta protección (Huaita Alegre, 2017). Esta es una de las pocas sentencias en que lo hace y de ahí se deriva parte de su importancia y reconocimiento por parte de la sociedad civil organizada en torno al movimiento de derechos humanos. Sin embargo, al mismo tiempo, esta sentencia no constituye un precedente vinculante y tampoco

es una referencia obligada en otros pronunciamientos del TC, por lo que su impacto es relativo. Por lo tanto, jurídicamente, dicho impacto puede considerarse limitado; no obstante, en cuanto a instrumento discur­sivo y de reivindicación de derechos en el plano social, la sentencia Gambini Vidal ha marco un hito histórico en el Perú. De esta manera, al interior del movimiento de derechos humanos, la sentencia en cuestión tiene una huella profunda; un claro ejemplo de esto se destaca en el balance en materia de avances del enfoque de género en el TC realizado por el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS, 2013) ante la elección de nuevos magistrados constitucionales. En este documento se destaca la sentencia Gambini Vidal como un caso emblemático que debería trazar una línea para los nuevos jueces del tribunal.

Entre los temas de mayor interés que toca la sentencia está un amplio análisis sobre el derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo y la necesidad de acciones afirmativas para el logro de una igualdad material. Además, aspectos propios del derecho laboral, en donde aborda temas como el principio de primacía de la realidad, la obligación del Estado de justificar el despido de sus trabajadores indiferentemente de su régimen laboral, entre otros aspectos desarrollos en esta sentencia.

### **3.1. Protección de los derechos humanos de las mujeres**

Sin duda esta es una sentencia que protege uno de los derechos humanos fundamentales: el derecho al trabajo; pero, más específicamente, el derecho a no ser despedido sin justa causa. También es una sentencia que protege el derecho a la igualdad y a no ser tratado de manera discriminatoria, en particular por razón de sexo. En efecto, la sentencia asume que, al existir una relación laboral —no civil— entre la señora Gambini Vidal y la SBLM, para que proceda el despido, este debió justificarse y, dado que no lo hizo, se presume que se debió al embarazo y por tanto es ilícito.

El embarazo y las consecuencias que sobrevienen a este (descanso pre y posnatal, lactancia, permisos por atención médica, etc.) es una de las barreras que las mujeres han tenido para enrolarse masivamente en el mundo laboral, por varios motivos. En primer lugar, porque para muchos empleadores todo ello constituye un gasto y no una inversión, por ello la resistencia para no asumirlo de manera directa (no contratando mujeres o despidiéndolas cuando se embarazan) o la exigencia de compartir el costo con la seguridad social (es decir, con los demás contribuyentes), etc. De otro lado, por parte de las mismas mujeres, al requerir regímenes más flexibles para compatibilizar la vida familiar<sup>23</sup> con la laboral, muchas de ellas terminan optando por trabajos de medio tiempo o autoempleadas, lo que les permite mayor compatibilización de horarios, pero también menores ingresos, menor protección social y, por consiguiente, mayor vulnerabilidad (CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT, 2013; OIT, 2016).

Frente a ello, surge la protección jurídica de un tratamiento igualitario entre hombres y mujeres que no discrimine por razón de sexo, lo que inmediatamente nos lleva a pensar cómo se puede establecer un tratamiento «igualitario» frente a una situación diferente: si bien hombres y mujeres tienen hijos o hijas, solo las mujeres se embarazan. Por ello, resulta necesario pensar en medidas de especial protección para las mujeres: una de ellas, el no ser despedidas por razón de embarazo. Así claramente lo manifiesta el TC cuando establece que «entre las medidas que no constituyen discriminación laboral cabe mencionar aquellas [...] motivadas por imperativos especiales de protección, esto es, aquellas dirigidas a atender necesidades específicas en el ámbito de la salud de hombres o mujeres» (2008a, f.j. 43), una de las cuales sería pues el embarazo.

---

<sup>23</sup> Par aun mayor análisis ver CEPAL 2013, OIT 2016 MEJIA 2014.

Sin embargo, el TC va más allá en su análisis y plantea que:

51. La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja (2008a, f.j. 51).

Ello nos parece sumamente interesante, por cuanto el TC —sin mencionar la categoría género— hace referencia al impacto diferenciado que las políticas y regulaciones pueden tener entre hombres y mujeres y devela que la Constitución establece no solo protección frente a la discriminación por razón de sexo, sino también una protección especial a la «madre trabajadora». Más aún, el TC alude de forma expresa a la necesidad de compensar «desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades» (2008a, f.j. 27). De esta forma, el fundamento puede valerse de condiciones relativas al sexo, pero el razonamiento abarca también cuestiones de género y prácticas sociales.

Este razonamiento, además, ya había sido desarrollado por el TC en una sentencia anterior (expediente 050-2004-AI/TC, del 3 de junio de 2005), en el que hizo el siguiente análisis:

146. Análisis del rol de la mujer en la sociedad y justificación de acciones positivas en su favor Si bien en años recientes ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social en las que nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada. Buena parte de nuestra sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales

que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse fuera de discusión sus idénticas capacidades en relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico. Los prejuicios y la idiosincrasia de un número significativo de ciudadanos (conformado tanto por hombres como por mujeres) aún mantienen vigente la problemática de género en el país.

Es en esta línea de razonamiento que creemos se inscribe la sentencia bajo análisis, que, sin embargo, es poco desarrollada luego por el propio TC. Esta ruta sin duda ayudaría a tomar conciencia de que las instituciones jurídicas tienen raíces androcéntricas por haber sido construidas a partir del hombre como paradigma, sin tomar en cuenta las necesidades propias de las mujeres, y que por tanto deben ser «reinterpretadas desde la perspectiva de género» (Garcés Peralta & Portal Farfán, 2016, p. 109).

### **3.2. El TC y la protección de los derechos reproductivos**

Al proteger a la mujer contra un despido por razón de embarazo, como en el caso bajo análisis, el TC protege sus derechos reproductivos, los mismos que encuentran su fundamento, entre otros, en los derechos fundamentales a la no discriminación, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad.

Existe ya un consenso que los derechos reproductivos no son nuevos, sino que son el desarrollo de los derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales y en los documentos internacionales. Por ello, la protección a la maternidad implica, además, la protección del derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, entre otros derechos. Así lo reconoce el propio TC cuando sostiene, en un caso de separación de una cadete (por razón de embarazo) de la Escuela de Formación de la Policía Nacional, que tal acto «constituye un acto discriminatorio que vulnera los derechos fundamentales a la educación,

a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad» de la agraviada (TC, 2009a, f.j. 16).

El derecho a la maternidad o a tener hijos por parte de una mujer es uno de los llamados «derechos reproductivos», el cual se denominan así a partir del Programa de Acción de El Cairo, que establece que:

[...] Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos (Naciones Unidas, 1995, párr. 7.3).

Sin embargo, resulta interesante reconocer que el TC ha encontrado oportunidades para la protección de los derechos reproductivos en su sentido afirmativo; es decir, cuando están referidos a la maternidad, pero no así cuando estamos frente a otros ejercicios de dichos derechos, como lo es la autodeterminación reproductiva en sentido negativo, como en el conocido caso de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) (expediente 2005-2009-PA-TC). En efecto, en este último caso, si bien el TC reconoce que el «derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad» (TC, 2009b, f.j. 6), al momento de resolver la controversia no considera la afectación de este derecho, sino que su decisión se basa en aspectos vinculados a la protección al concebido y al posible efecto abortivo de la AOE y «en ningún momento sobre la afectación de los derechos fundamentales de las mujeres, entre ellos sus derechos al libre desarrollo de la personalidad así como sus derechos reproductivos» (Garcés Peralta & Portal Farfán, 2016, p. 102). Esta argumentación ya ha sido superada por

lo establecido por la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, según la cual la concepción tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, por lo que antes de este evento no es aplicable el artículo 4 de la Convención Americana referido al derecho a la protección de la vida, a partir del momento de la concepción. Este razonamiento ha sido utilizado en el ámbito nacional por el Primer Juzgado Constitucional de Lima (expediente 30541-2014-18-1801-JR-CI-01 del Poder Judicial), a través de una medida cautelar por la que se ordenó al Ministerio de Salud, en un plazo máximo de 30 días, distribuir de manera gratuita la píldora de anticoncepción oral de emergencia en los establecimientos de salud pública, medida que viene siendo cumplida por el sector salud.

Resulta previsible que, en un futuro, esta causa llegue al TC nuevamente, donde tendrá que manifestarse una vez más sobre la autodeterminación reproductiva y el libre ejercicio de los derechos reproductivos por parte de las mujeres, no solo en un sentido positivo (maternidad), sino también en un sentido negativo (derecho a no quedar embarazada).

### **3.3. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en la protección de los derechos de las mujeres**

De otro lado, una de las afirmaciones más relevantes de la sentencia bajo análisis es aquella que declara que: «[...] la igualdad de los hombres y de las mujeres, así como la prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas del Derecho Internacional (*Ius Cogens*) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el Art. 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969» (TC, 2008a, f.j. 14).

Como se sabe (Loayza Tamayo, 2014), las normas internacionales pueden clasificarse en: normas dispositivas, respecto de las cuales los Estados pueden pactar libremente; e imperativas, respecto de las cuales

los Estados no pueden pactar —estas últimas, más conocidas como *ius cogens* (Naciones Unidas, 2016)—. Pues bien, el TC, en esta sentencia, estableció que la igualdad de los hombres y mujeres, así como la consiguiente prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas que deben regir al Estado peruano, cuya característica más importante es que son inderogables y, por tanto, de obligatoria protección tanto nacional como internacionalmente. Ello es aún más relevante si se tiene en cuenta que «solo la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, así como la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituyen los dos derechos humanos laborales del *jus cogens* laboral» (Canessa Montejo, 2015, p. 12).

Además y siempre en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el TC integra en su análisis una serie de instrumentos internacionales, como la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer y su protocolo facultativo, lo que de hecho resulta interesante, sobre todo a la luz de lo establecido por el propio mismo tribunal, al afirmar que «los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional» (TC, 2006, f.j. 33).

En particular, el TC hace un extenso análisis de la CEDAW y glosa varios de sus artículos, ya que esta norma constituye el tratado internacional más importante en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos de las mujeres. Ello es así tanto por su énfasis en aspectos poco relevados en tratados internacionales más antiguos —entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)—, como por el número alcanzado de Estados partes (189) que han ratificado la convención y que le dan, por tanto, un alcance casi universal.

De otro lado, la importancia de la CEDAW también radica en su incorporación como marco de referencia en las sentencias de los

tribunales nacionales, ordinarios o constitucionales, lo que permite que los estándares establecidos por su comité protejan de manera directa y efectiva a las mujeres de los diferentes países del orbe (Roa López, Torres Rodríguez & Gómez López, 2009). Ello ha sido resaltado por el Comité CEDAW en su recomendación general 33 sobre acceso a la justicia, en la que expresa que uno de los componentes esenciales para el acceso a la justicia por parte de las mujeres es, precisamente, la buena calidad de la misma:

d) La buena calidad de los sistemas de justicia requiere que todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres (Comité CEDAW, 2015, párr. 14).

Teniendo en cuenta ello, resulta importante señalar que en esta sentencia el TC por primera vez utilice a la CEDAW como un importante marco de referencia para proteger los derechos de la demandante y que integre los derechos ahí reconocidos en el rango constitucional como corresponde. Así, el TC manifiesta que:

Cuando se utiliza la expresión “derechos humanos de la mujer” se está haciendo referencia, de forma enunciativa, a los derechos humanos reconocidos expresamente en los instrumentos internacionales que tratan específicamente los derechos asociados con la condición de mujer, los cuales no excluyen el goce y el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Política (2008a, f.j. 30).

A pesar de este importante avance, el TC no establece que esta sentencia sea un precedente vinculante —como sí lo establece el artículo VII del CPC—, lo que consideramos una pérdida de oportunidad, especialmente a la luz del desarrollo posterior en donde, como se ha dicho, son pocas las sentencias que reconocen los derechos humanos de las mujeres y menos aún aquellas que remiten a un marco internacional, como es la CEDAW.

### 3.4. Discriminación por embarazo en el ámbito laboral

De acuerdo con investigaciones previas (Garcés Peralta & Portal Farfán, 2016; Huaita Alegre, 2017), el TC se pronuncia en muy pocos casos que afectan los derechos humanos de las mujeres y, en los casos que lo hace, estos derechos están referidos a la maternidad, con el fin de proteger a la madre tanto antes como después del parto. Así, según el estudio de Garcés y Portal, en el período 2009-2016, «el 83,3% de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional vinculadas a la protección de mujeres han estado vinculadas a situaciones de discriminación por embarazo», en casos relacionados con: despido por embarazo, separación de cadetes de su entidad educativa por embarazo, licencias por maternidad o por lactancia.

Sin embargo, el TC no ha visto necesario generar un precedente vinculante en la materia, que permitiría su aplicación no solo por el propio tribunal<sup>24</sup> en casos posteriores, sino por los demás operadores jurídicos, sean estos del Poder Judicial o de instancias administrativas. Desde una perspectiva bastante crítica, se sostiene que la fuerza vinculante de esta sentencia se redujo considerablemente porque, a pesar de su amplio análisis, no hubo «congruencia entre los fundamentos y el sentido final de la resolución» (Huerta Guerrero, 2009). Pese a ello, esta

---

<sup>24</sup> El TC cita en pocas sentencias el caso Gambini Vidal. Por ejemplo: los expedientes 02148-2010-PA/TC (Maybelline Yesenia Mera Chávez, Lorteto) y 02138-2012-PA/TC (Sandra Bendezú Avilés, Ayacucho), ambos por despido por embarazo.

sentencia es referida por diferentes funcionarios por encontrar fundamentos importantes para la resolución de controversias<sup>25</sup> o, más bien, para prevenirlas<sup>26</sup>, como ya ha sido referido.

Es importante señalar que en esta materia el TC ha asumido una postura similar a otros tribunales de su misma categoría, como son el TC español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, de acuerdo a Pacheco Zerga, «estos tribunales han calificado la no renovación de contratos temporales como actos discriminatorios cuando se prueba una sucesión ininterrumpida de renovaciones hasta que el empresario conoce el estado de gravidez de la trabajadora» (2009, p. 13).

Sin embargo, un punto de controversia en la presente sentencia es la necesidad de notificación del embarazo al empleador para que se constituya la causal de despido injustificado. En efecto, a nivel internacional, se discute la procedencia de dicha notificación, dado que de lo que se trata es de proteger la maternidad en sí misma, independientemente de si se notificó o no al empleador. De acuerdo a la propia argumentación del TC, en el sentido que nuestra Constitución protege a la madre trabajadora (2008a, f.j. 51), llama la atención que el tribunal, en su sentencia, haya reforzado lo dispuesto en el inciso e del artículo 29 del decreto supremo 003-97-TR, que consideraba nulo el despido por embarazo siempre que el empleador hubiera sido notificado documentalmente del mismo en forma previa (2008a, f.j. 55). En esa línea, este extremo ha sido superado en el Poder Judicial (Canessa Montejo, 2015; Toyama Miyagusuku & Neyra Salazar, 2016) por la sentencia emitida por la Primera Sala Transitoria de Derecho Constitucional

---

<sup>25</sup> Un ejemplo de ello es la resolución gerencial regional de infraestructura 313-2015-GRJ/GRI de la Región Junín, del 12 de octubre de 2015, que se cita en relación a cómo debe ser interpretado el principio de igualdad y no discriminación.

<sup>26</sup> Como es el caso de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), en su programa de entrenamiento, que la menciona cuando analiza las formas de contratación por parte del Estado y sus consecuencias. Ver <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/archivos/ProgramaEntrenamientoTSC-2012-08/ProgramaEntrenamientoTSC-2012-08-5-DeLasCasas.pdf> (consultado el 28 de setiembre de 2017).

y Social de la Corte Suprema en la CAS 275-2005-Arequipa, en la cual la sala consideró que no era exigible la prueba documental cuando el embarazo era evidente. Sin embargo, esta sentencia también resulta insuficiente al dejar la carga de la prueba a la mujer, que debe justificar la «evidencia» de tal hecho de alguna manera.

Por nuestra parte, coincidimos con Luz Pacheco (2009) en afirmar que es tiempo de optar por una prueba objetiva: basta con que se pruebe que la mujer está embarazada —sin importar si se notificó de manera documental o de alguna otra manera al empleador— para que no proceda el despido, lo cual traslada la carga de la prueba al empleador, quien deberá demostrar la procedencia del despido por una razón justificada de otra índole.

#### 4. CONCLUSIONES

La sentencia Gambini Vidal marca un hito en la utilización, como fundamento jurídico relevante en la jurisprudencia constitucional, de la CEDAW, el tratado más importante en el derecho internacional de los derechos humanos para la protección de los derechos de las mujeres.

La sentencia se enmarca en una corriente favorable al reconocimiento de la igualdad y no discriminación contra la mujer que se refleja en medidas normativas dadas tanto por el Congreso como por el Poder Ejecutivo; incluso en acciones de organismos constitucionalmente autónomos como la Defensoría del Pueblo, entre los años 2007 y 2008.

Un importante aporte de la sentencia es que a través de ella el TC reconoce que la igualdad de hombres y mujeres, así como la consiguiente prohibición de discriminación contra la mujer, son normas que tienen el carácter de *ius cogens*; es decir, son imperativas para el Estado peruano y, por tanto, inderogables y de obligatoria protección tanto nacional como internacionalmente.

Resulta urgente que el TC peruano se pronuncie más en relación con la protección de los derechos humanos de la mujer y, adicionalmente,

integre el marco internacional de los derechos humanos para fundamentar esta protección.

A través de esta sentencia, el TC incorpora en su análisis (sin nombrarla) la perspectiva de género, ya que reconoce el impacto diferenciado que las políticas y regulaciones pueden tener entre hombres y mujeres, además de la necesidad de compensar desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades.

El TC ha reconocido los derechos reproductivos; sin embargo, es más proclive a protegerlos cuando se trata de su ejercicio positivo (maternidad) que cuando se trata de su ejercicio en sentido negativo (derecho a no quedar embarazada).

En materia laboral, el TC ha asumido una postura internacional, admitida también por otros tribunales de su misma categoría, calificando la no renovación de contratos temporales como actos discriminatorios cuando se prueba una sucesión ininterrumpida de renovaciones hasta que el empresario conoce el estado de gravidez de la trabajadora. Sin embargo, resultaría más garantista si opta por una prueba objetiva (el embarazo de la mujer) para que en cualquier despido la carga de la prueba de su procedencia sea trasladada al empleador.

De esta manera, se trata de una sentencia emblemática que ha sido tomada como referente de múltiples maneras: por un lado, desde el movimiento de derechos humanos, como un hito en la lucha por los derechos de la mujer; y, por otro, desde la propia administración pública, como jurisprudencia para la administración de los vínculos laborales que el Estado establece con sus trabajadores. En ese contexto, resulta interesante cómo la propia sentencia no ha marcado una línea de razonamiento dentro del TC y pareciera ser una oportunidad perdida. Se trata, de esta manera, de comprender cómo decisiones legales tienen un impacto profundo en los imaginarios y la memoria social, incluso cuando en el ámbito jurídico la trascendencia de la decisión es limitada. La realidad social resulta mucho más diversa, flexible y cambiante que la jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arce Ortiz, Elmer Guillermo (2013). *Los principios en el derecho procesal del trabajo peruano. Cuaderno de Trabajo del CICAJ N.º 7. Nueva Serie.* Lima: PUCP.
- Ávalos Alva, Miguel Francisco (2014). La discriminación por razón de idioma como mecanismo de asimilación lingüística. En Edgard Carpio Marcos y Omar Sar Suárez, *Alcances del principio de igualdad* (pp. 96-129). Lima: Facultad de Derecho, Instituto de Investigación Jurídica, Centro de Investigación en Derecho Constitucional, Universidad San Martín de Porres.
- Arévalo Vela, Javier (2017). La protección de la mujer trabajadora contra la discriminación. *Lex*, XV(19), 263- 276.
- Atahumán Sumarán, Clotilde (2015). La discriminación laboral por razón de sexo (embarazo). *Actualidad Empresarial*, 319, 8-10.
- Calderón Beltrán, Javier (2010). Aplicando el principio *iura novit curia*: Entre lo justo y la afectación del debido proceso. Recuperado de <http://escribiendoderecho.blogspot.pe/2010/08/aplicando-el-principio-iura-novit-curia.html> (consultado el 2 de setiembre de 2017).
- Canessa Montejo, Miguel (2015). El despido discriminatorio por embarazo: una lectura desde el Tribunal Constitucional Peruano. *Revista Jurídica*, 2014-2015, 1-14.
- Carpio Marcos, Edgard & Omar Sar Suárez (2014). *Alcances del principio de igualdad*. Lima: Facultad de Derecho. Instituto de Investigación Jurídica. Facultad de Derecho, Instituto de Investigación Jurídica, Centro de Investigación en Derecho Constitucional, Universidad San Martín de Porres.
- CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT (2013). *Informe Regional. Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT.
- Comité CEDAW - Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2007). Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Perú. 20 de febrero. Recuperado de <https://acnudh.org/comite-para-la-eliminacion-de-la-discriminacion-contra-la-mujer-cedaw-peru-2007-html/>.

- Comité CEDAW - Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2015). Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 3 de agosto. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>.
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984). *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84*, del 19 de enero. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.doc).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Defensoría del Pueblo (2007). *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Documentos defensorial 2. Recuperado de [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/dd\\_002\\_07.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/dd_002_07.pdf).
- De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando (2012). *Tribunal del Servicio Civil. El contrato administrativo de servicios – “CAS”* [diapositivas]. Lima: Autoridad Nacional del Servicio Civil. Recuperado de <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/archivos/ProgramaEntrenamientoTSC-2012-08/ProgramaEntrenamientoTSC-2012-08-5-DeLasCasas.pdf> (consultado el 25 de setiembre de 2017).
- DEMUS - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (2013). *Justicia de género. Los derechos sexuales y reproductivos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2007-2012)*. Lima: DEMUS. Recuperado de [http://www.womenslinkworldwide.org/files/gjo\\_articulo\\_caso\\_exp05652-2007\\_TribunaConstitucional\\_peru\\_es.pdf](http://www.womenslinkworldwide.org/files/gjo_articulo_caso_exp05652-2007_TribunaConstitucional_peru_es.pdf) (consultado el 28 de octubre de 2017).
- Garcés Peralta, Patricia Carolina & Diana Carolina Portal Farfán (2016). La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances? *Pensamiento Constitucional*, 21, 107-162.
- Huaita Alegre, Marcela (2017). La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del TC peruano. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, X, 23-52.

- Huerta Guerrero, Luis Alberto (2009). La desprotección laboral de la mujer embarazada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *Temas de Derechos Fundamentales* [blog]. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechosfundamentales/2009/08/20/la-desproteccion-laboral-de-la-mujer-embarazada-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional/> (consultado el 26 de setiembre de 2017).
- Loayza Tamayo, Carolina (2014). El derecho internacional general en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Las normas de *ius cogens*. *Ius et Praxis*, 45, 23-56.
- Mejía Madrid, Renato (2014). La tensión entre el trabajo y la vida familiar. *Revista Ius Et Veritas*, 49, 190-201.
- Moreno Santamaría, Abner U. (2016). Aplicación del principio de primacía de realidad en los contratos administrativos de servicios y contratos de servicios no personales. Recuperado de <https://studylib.es/doc/97968/%E2%80%9Caplicaci%C3%B3n-del-principio-de-primacia-de-realidad-en-los> (consultad el 27 de setiembre de 2017).
- Murillo, Javier (2014). La pretensión como límite del IURA NOVIT CURIA y su aplicación práctica. *IUS 360*, 3 de junio. Recuperado de <http://ius360.com/publico/procesal/la-pretension-como-limite-del-iura-novit-curia-y-su-aplicacion-practica/> (consultado el 2 de setiembre de 2017).
- Naciones Unidas (1995). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de setiembre de 1994*. Nueva York. Recuperado de [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd\\_spa.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf).
- Naciones Unidas (2016). Primer informe sobre el *ius cogens*. Preparado por Dire Tladi, Relator Especial. 8 de marzo. Recuperado de <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/693>.
- Neves Mujica, Javier (2009). Principales objeciones al contrato administrativo de servicios. *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 9, 79-93.
- Nogueira Alcalá, Humberto (s/f). Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad. Recuperado de <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf> (consultado el 26 de setiembre de 2017).

- Novoa Campos, Bruno (2016). Violencia de género: políticas públicas, defensa del derecho fundamental a la no discriminación y propuestas de solución. *Persona y Familia. Revista del Instituto de la familia*, 1(5), 51-64.
- OIT - Organización Internacional del Trabajo (2016). *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*. Ginebra: OIT.
- Pacheco Zerga, Luz (2009). El despido discriminatorio de una mujer embarazada. La ruta hacia la igualdad de oportunidades. *Gaceta constitucional*, (22), 273-284.
- Pazo Pineda, Óscar Andrés (2014). Las medidas afirmativas como forma de manifestación del principio de igualdad. En Edgard Carpio Marcos y Omar Sar Suárez, *Alcances del principio de igualdad* (pp. 1-28). Lima: Facultad de Derecho, Instituto de Investigación Jurídica, Centro de Investigación en Derecho Constitucional, Universidad San Martín de Porres.
- Portal Farfán, Diana Carolina (2012). Construcción teórica del Estado y la democracia: ¿dónde ubicamos a las mujeres? *Gaceta Constitucional*, 51, 313-332.
- Rey Martínez, Fernando (2010). Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. *Estudios Constitucionales*, 8(2), 527-564.
- Roa López, Mónica, Rosalba Torres Rodríguez & Claudia Gómez López (2009). Aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en las altas cortes nacionales. Estudio comparado Colombia, Argentina y Perú. *Criterio Jurídico Garantista*, 1(1), 52-81.
- Toledo Toribio, Omar (2013). El petitorio implícito y otras formas de flexibilización en el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. *Soluciones laborales*, 71, 13-26.
- Toyama Miyagusuku, Jorge & Carole Ivonne Neyra Salazar (2016). Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo. *Revista Ius Et Veritas*, 52, 232-257.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2006). Expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Colegio de Abogados de Arequipa y otros, sentencia del 25 de abril. Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/Normas007/sentencia%20tc%20025-2005-pi-tc.doc>.

- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2008a). Expediente 05652-2007-PA/TC, Rosa Bethzabé Gambini Vidal, sentencia del 6 de noviembre. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.pdf>
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2008b). *Memoria 2008*. Lima: TC.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2009a). Expediente 05527-2008-PHC/TC, Nidia Yesenia Baca Barturén, sentencia del 11 de febrero. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05527-2008-HC.pdf>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2009b). Expediente 2005-2009-PA-TC, ONG Acción Lucha Anticorrupción, sentencia del 16 de octubre. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>.
- Salomé Resurrección, Liliana María (2015). La «discriminación múltiple» como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional. PUCP.
- Ugarte Gonzales, Jenny (2009). El principio de igualdad y el mandato de no discriminación en el régimen laboral especial. *Actualidad Empresarial*, 185, V1-V3.
- Zavaleta Velarde, Braulio (s/f). El principio de *iura novit curia*. *Integración Derecho Civil y Procesal Civil*, p. 1-7. Recuperado de [http://files.uladec.edu.pe/docente/17906995/INTEGRACION\\_DERECHO\\_CIVIL\\_Y\\_PROCESAL/Sesi%C3%B3n%2005/Contenido\\_05.pdf](http://files.uladec.edu.pe/docente/17906995/INTEGRACION_DERECHO_CIVIL_Y_PROCESAL/Sesi%C3%B3n%2005/Contenido_05.pdf) (consultado el 2 de setiembre de 2017).

## CASO TUANAMA TUANAMA DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN UN ESTADO MULTICULTURAL Y POLIÉTNICO<sup>1</sup>

Cristina Blanco

### FICHA DEL CASO

1994	2008	2009	2010	2011
2 de febrero	28 de junio	1 de julio	9 de junio	7 de setiembre
Perú ratifica el Convenio 169 de la OIT, el cual entra en vigor un año después.	Se publica el decreto legislativo 1089, sobre formalización de predios rurales.	Gonzalo Tuanama y 5000 ciudadanos interponen una demanda de inconstitucionalidad contra el DL 1089.	El TC emite sentencia sobre la constitucionalidad del DL 1089 y los derechos de los pueblos indígenas.	Se publica la ley 29785, también conocida como «ley de consulta previa».

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, la autora recibió los aportes de Henry Ayala, además de los comentarios del equipo de investigadores. Francisco Mamani apoyó como asistente de investigación.

## RESUMEN

El caso se refiere a la sentencia sobre la demanda interpuesta ante el TC por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos, a fin de declarar la inconstitucionalidad del DL 1089<sup>2</sup>, relativo al régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales, por la afectación del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y la consulta previa. En el presente artículo, se aborda el contexto particular de la región y de nuestro país, marcado por el extractivismo y la conflictividad social creciente. Se reconoce que, de modo paralelo, se ha producido un reconocimiento importante a nivel nacional e internacional de derechos de pueblos indígenas. La sentencia bajo comentario, sin embargo, se emitió en un momento en el que no estaba regulada la consulta previa, a pesar de estar vigente por más de diez años la obligación internacional al respecto. Este pronunciamiento del tribunal intentó llenar ese vacío causado por la omisión legislativa y representó, además, un antecedente importante del actual marco normativo sobre consulta previa en el Perú, que es uno de los pocos existentes en la región.

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda la acción de inconstitucionalidad presentada ante el TC por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el DL 1089, referido régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales. El propósito de la acción interpuesta fue determinar si la aprobación de dicho decreto resultaba contraria a la Constitución Política del Perú y, en particular, al derecho a la propiedad colectiva y la consulta previa, libre e informada.

---

<sup>2</sup> Disponible en: [http://www3.vivienda.gob.pe/dnc/archivos/valuaciones/normas\\_interes/D.%20LEG%201089.pdf](http://www3.vivienda.gob.pe/dnc/archivos/valuaciones/normas_interes/D.%20LEG%201089.pdf).

Dicho decreto fue expedido el año 2008, durante el segundo gobierno de Alan García, con ocasión de la implementación del tratado de libre comercio (TLC) con Estados Unidos que entraba en vigencia durante esos años. Ciertamente, dicho gobierno tenía como objetivo consolidar las medidas regresivas a favor de la privatización de la propiedad comunal, las cuales venían siendo tendencia desde periodos anteriores. Esta política del gobierno se vio ejemplificada con el discurso del expresidente García, quien pregonó la idea de que los intereses de las comunidades indígenas iban en contra del bienestar colectivo del país al ser obstáculo de la inversión privada. Para García, existía un «síndrome del perro del hortelano» que impedía aprovechar los recursos naturales de todos, frenando el desarrollo (García Pérez, 2007). Dichos discursos no solo iban acorde a las políticas neoliberales de aquel entonces, sino que demarcaban una división despectiva de los intereses indígenas, generando impases que solo se veían exacerbados con la promulgación de decretos legislativos como el que se trabaja en este caso.

En términos más amplios, dicha demanda se dio en un contexto de marcado extractivismo y conflictividad social, por un lado; y, por otro, un proceso opuesto de reconocimiento internacional y, en algunos casos, nacional de derechos colectivos de pueblos indígenas, incluyendo derechos territoriales. Para comprender la envergadura de la sentencia en dicho periodo, las principales características de este contexto, tanto a nivel regional como nacional, son abordadas en el primer punto del artículo. En una segunda sección, se presentan los hechos más relevantes del caso, el desarrollo de la sentencia y su resolución, además de algunas reflexiones sobre el impacto de la sentencia. Sobre este punto, cabe adelantar que la sentencia es relevante en varios sentidos, entre los que destaca su contribución a llenar el vacío normativo dejado —no casualmente— por el legislador en materia de consulta previa y, vinculado a ello, su aporte en la regulación que finalmente se dio a este derecho fundamental algunos años después con la ley de consulta previa. En la última sección del artículo, se presentan las principales conclusiones alcanzadas.

## 2. DESARROLLO DEL CASO

### 2.1. Contexto sociopolítico

Si bien las actividades extractivas tienen una larga historia en América Latina, la llegada del siglo XXI trajo consigo un aumento significativo de las extracciones mineras y petroleras en el continente<sup>3</sup>. Se presenta, como afirma Harvey (2003), una importancia renovada de las industrias extractivas en la economía contemporánea, que ha traído, como consecuencia, una competencia transnacional por los recursos naturales.

Hoy en día, el extractivismo presenta unas características particulares que determinan el contexto regional y nacional; por tanto, es pertinente mencionarlas (Gudynas, 2015). Esta ampliación en el actual escenario regional viene dada no solo en términos cuantitativos, sino en varios otros sentidos. Siguiendo a Gudynas, puede decirse que, por una parte, se presenta una importante «proliferación» de las actividades extractivas en la región, que supone su ampliación a nuevos lugares antes no explotados (2015). Al mismo tiempo, se presenta una clara «diversificación» a nuevos rubros, lo que se observa, por ejemplo, en que países con tradición minera hayan ampliado estas actividades a nuevos tipos de minerales —como Argentina y Bolivia en su intención de explotar litio— o, zonas dedicadas antes a la ganadería, hoy se vuelcan a monocultivos para exportación. Un tercer aspecto viene dado por la «mayor apropiación» de recursos naturales en términos de volumen e intensidad: se utilizan grandes excavadoras, plataformas petroleras con múltiples pozos, nuevas tecnologías para la separación de minerales o explosivos, entre otros elementos, que dan cuenta de la gran magnitud de los proyectos extractivos en la región (Gudynas, 2015, pp. 26-36).

---

<sup>3</sup> Según la base de datos de CEPAL, el volumen de minerales extraídos prácticamente se duplicó en los países sudamericanos a lo largo de la última década y llega a cerca de 600 millones de toneladas por año. Las exportaciones mineras de Latinoamérica pasaron de 52 700 millones aproximadamente, en 2000, a 203 083 millones, en 2012 (citado por Gudynas, 2015).

No obstante, un problema asociado al extractivismo es la multiplicación y agravamiento de la conflictividad social en los espacios físicos en que estas actividades tienen lugar. Si bien puede reconocerse que las actividades de extracción e inversión contribuyen de diversas maneras a la activación de la economía regional y a la redistribución de recursos a través del canon minero, es innegable que, de no contar con la fiscalización adecuada, pueden generar impactos negativos de carácter ambiental, social, cultural y, en algunos casos, incidir negativamente en el ejercicio de derechos. Es por ello que, junto con la intensificación de actividades de esta naturaleza, se han multiplicado los conflictos sociales y las denuncias de impactos en los derechos de las poblaciones donde tienen lugar (Henríquez, 2015, p. 101). En un reporte de la Defensoría del Pueblo, se identifican 124 conflictos sociales por temas medioambientales en el Perú (2018, p. 8). Estos impactos negativos son múltiples y difieren según el tipo de actividad; además, se acentúan cuando no existen mecanismos adecuados para prevenirlos y mitigarlos (CIDH, 2015, pp. 133-184).

De modo paralelo al extractivismo y la conflictividad social, se ha venido dando, a nivel nacional e internacional, el reconocimiento paulatino de derechos colectivos de pueblos y comunidades indígenas con relación a sus tierras y territorios históricamente ocupados, espacios que coinciden con la presencia o interés en llevar adelante actividades extractivas. En efecto, a partir de la década de los noventa, de manera más clara, varios países de la región comenzaron a reconocer en sus constituciones y otras normas derechos a grupos étnicos culturalmente. En esa línea, se puede identificar este reconocimiento en casi todas las constituciones de la región latinoamericana<sup>4</sup>.

Gracias a la incidencia de diversos colectivos indígenas, se logró la adopción de instrumentos de protección y pronunciamientos de órganos

---

<sup>4</sup> En concreto, se encuentra en las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela (ver Aguilar, Lafosse, Rojas & Steward, 2010, pp. 2-3).

internacionales que vinieron a reforzar los avances incipientes en el ámbito interno. Una vez adoptado el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989, se logró tener una visión más intercultural de dichos pueblos. Dicho convenio fue ratificado por Perú el 2 de febrero de 1994 y entró en vigor para el país un año después. Gracias a la continua búsqueda de una mayor reivindicación y reconocimiento de derechos por parte de organizaciones indígenas, el 13 de setiembre de 2007, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUPI), con el voto favorable del Estado peruano.

En el continente americano, se logró la adopción de un instrumento internacional sobre pueblos indígenas recién el 15 de junio de 2016: la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ello no significó, sin embargo, una desprotección en el sistema de derechos humanos de nuestra región, pues la CIDH y la Corte IDH han venido reconociendo y protegiendo desde hace décadas los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el continente. El ámbito que ha requerido mayor atención de los órganos del sistema interamericano es el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, así como los recursos naturales que en ellos se encuentran.

La CIDH y la Corte IDH han desarrollado conjuntamente el contenido del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana y en el artículo XXIII de la Declaración Americana. Este derecho ha ofrecido la vía más importante para el reconocimiento y protección del territorio ancestral y, con ello, de una serie de elementos vinculados a su cosmovisión, vida espiritual y forma de subsistencia tradicional. Puede decirse que la jurisprudencia del SIDH al respecto parte de tres premisas fundamentales: a) el derecho a la propiedad se extiende más allá de la clásica forma individualista de entender la propiedad y permite proteger la concepción colectiva sobre la tierra y el territorio tradicional existente entre los pueblos indígenas y tribales (Corte IDH, 2001, párr. 148);

b) estos pueblos poseen una relación especial con la tierra y el territorio ancestral en tanto cumple un rol fundamental para su supervivencia física y cultural como pueblos (Corte IDH, 2001, párr. 149); y c) el derecho a la propiedad protege no solo la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales, sino también como con los recursos naturales que se encuentran en ellas y que han utilizado tradicionalmente (Corte IDH, 2005, párr. 137; 2007, párr. 122).

Teniendo como base lo anterior, los órganos del sistema han dotado de un contenido específico al derecho a la propiedad colectiva, desarrollando obligaciones estatales correlativas. De este modo, se han referido a la obligación de reconocimiento, delimitación, demarcación y protección efectiva; al derecho a la restitución del territorio ancestral; y al derecho a la consulta previa, libre e informada y, en su caso, al consentimiento frente decisiones que les afecten. Esta última obligación ha concitado particular atención, dado que hoy en día es uno de los más comunes escenarios de afectación a los derechos de los pueblos indígenas por la implementación de proyectos de desarrollo y extracción. Dicha atención se ha dado en un contexto internacional y varios escenarios nacionales en el que la bandera de batalla ha sido el derecho a la consulta.

### **2.1.1. ¿Cuál era la situación en el Perú para el momento de la sentencia?**

Desde su fundación como República, la articulación al mercado mundial de nuestro país ha sido mayormente como proveedor de materias primas, generando una histórica dependencia económica de la explotación de sus recursos naturales y en especial, de la minería (De Echave, Palacios & Hoetmer, 2009, p. 13). Actualmente, el Perú es considerado como uno de los primeros productores de diversos metales a nivel mundial y latinoamericano (MINEM, s/f), lo cual fue posible gracias a una serie de cambios estructurales iniciados a principios de los años noventa, durante el gobierno de Alberto Fujimori. Tales cambios

incluyeron privatizaciones, flexibilización laboral, reducción de derechos económicos y sociales, disminución del aparato estatal en sectores como trabajo, educación, salud, vivienda; entre otros (Pinto, 2009, p. 85). Las medidas normativas más importantes rondaron alrededor de ochocientas y tomaron mayor fuerza a partir de 1993 como consecuencia de la promulgación de la nueva Constitución (Gil, 2009, p. 55).

Estas reformas neoliberales dieron lugar a la regresión en la protección de derechos y la afectación a derechos humanos y medioambientales, particularmente los derechos de propiedad colectiva de pueblos y comunidades indígenas (Pinto, 2009, p. 86). La Constitución de 1993 suprimió las garantías de inembargabilidad e inalienabilidad de los territorios comunales para facilitar su disposición a terceros.

El cambio al gobierno de Alejandro Toledo no supuso dejar de lado las reformas fujimoristas, sino que generó su consolidación (De Echave, Palacios & Hoetmer, 2009, p. 14). Durante dicho gobierno, fue aprobada la ley 28259 (ley de reversión a favor del Estado de los predios rústicos adjudicados a título gratuito), cuyo objeto era «revertir a favor del estado los predios rústicos declarados en abandono o que no hayan cumplido los fines para los que fueron otorgados en adjudicación gratuita y revertirlos al patrimonio del Estado para su posterior adjudicación a título gratuito» (Defensoría del Pueblo, 2008, p. 10).

En ese contexto, entre los años 2002 y 2008, el Perú experimentó un crecimiento promedio de 7% anual, en el que el sector minero y el de hidrocarburos representaron el 70% de exportaciones y el 30% de recaudación de impuestos (Arellano Yanguas, 2011, p. 87). No obstante, en estos mismos años, el país también padeció un aumento continuo en la conflictividad social. Entre 2007 y 2009, se pasó de tener 78 conflictos anuales a 267, un récord que, si bien se ha reducido en los últimos años, no ha bajado de los 200 (Defensoría del Pueblo, 2009). Es así que el Estado, las empresas mineras y la sociedad civil coinciden en señalar que la actividad extractiva es la principal responsable del aumento de conflictos sociales en nuestro país (Arellano Yanguas, 2011).

El gobierno de Alan García representó no solo la continuidad y profundización de medidas regresivas a favor de la privatización de la propiedad comunal, sino también su legitimación y valoración a través del discurso. Esto se hizo más evidente en una serie de artículos publicados en el diario *El Comercio*, en donde plasmó su visión sobre la actividad extractiva, anteponiendo el progreso nacional a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, calificando a estas últimas de «perros del hortelano» y de enemigos del desarrollo (García Pérez, 2007). De este modo, el expresidente evidenció la ideología de desarrollo monocultural que imperaba en las políticas de su gobierno, pues se procuraba garantizar la inversión privada, pero sin incluir a las poblaciones, principalmente de la sierra y de la selva (López, 2013, pp. 81-82). Lo anterior fue concretado en términos jurídicos a través de once decretos legislativos aprobados con ocasión de la implementación del TLC con Estados Unidos y referidos a la propiedad colectiva indígena, adoptados sin consulta ni consentimiento de los pueblos indígenas.

Uno de ellos es precisamente el DL 1089, que regula el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales, cuya constitucionalidad fue objeto de análisis en la sentencia bajo comentario. Esta norma, publicada el 28 de junio de 2008, tenía como fin la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas a nivel nacional, por un período de cuatro años (artículo 1 del DL 1089). El decreto estableció que el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) sería la entidad competente para llevar a cabo las acciones de oficio para la formalización de la propiedad (artículo 3). Al mencionar de forma general predios rústicos y tierras eriazas, las acciones de formalización se tendrían que aplicar también a la propiedad de comunidades campesinas y nativas, aquellas consideradas, por lo general, como pueblos indígenas en los términos del Convenio 169 de la OIT.

Luego de dos meses de movilizaciones en la región amazónica en contra de estos decretos, el Congreso se vio obligado a derogar dos de ellos, los más graves. No obstante, las protestas continuaron y, el 8 de abril de 2009,

cerca de 1350 personas pertenecientes a pueblos amazónicos realizaron un paro indefinido en Amazonas, particularmente en la zona de Bagua. El 5 de junio de 2009, un grupo importante de efectivos policiales intentó desalojar a los manifestantes indígenas de la carretera que venía siendo bloqueada, produciéndose hechos de violencia que ocasionaron la muerte de cerca de 23 policías y 10 personas indígenas. A razón de ello, el exrelator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya, visitó expresamente a la zona de los hechos y elaboró un informe<sup>5</sup> con observaciones dirigidas al Estado peruano. Entre ellas, se refirió a la importancia de «cumplir con sus compromisos internacionales en la aplicación interna de los criterios y principios establecidos en instrumentos internacionales, más específicamente, en relación con la consulta previa e informada de los pueblos indígenas» (ONU, 2009, párr. 52).

Así, es de las mesas de trabajo conformadas a raíz de los lamentables hechos ocurridos en Bagua que nace la propuesta de una ley de consulta, que no existía en el país a pesar que desde 1995 estaba en vigor el Convenio 169 de la OIT. Producto de un contexto político favorable y del quehacer de organizaciones indígenas y de la sociedad civil, en 2011, fue aprobada la ley 29785 (ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios), reconocida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (ley de consulta previa). La ley de consulta previa, junto con su reglamento aprobado a través del decreto supremo 001-2012-MC, del 3 de abril de 2012, constituyen en la actualidad los dos cuerpos jurídicos más relevantes de este derecho en el Perú.

## 2.2. Descripción del caso

### 2.2.1. Los hechos del caso

El proceso judicial que da lugar a la sentencia bajo comentario se inicia ante la adopción de un decreto legislativo que se consideraba que afectaba

---

<sup>5</sup> Este informe no fue mencionado en la sentencia del TC bajo comentario.

derechos indígenas, sin haber sido objeto de una consulta previa. El 1 de julio de 2009, el señor Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos<sup>6</sup>, interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra el DL 1089 ante el TC. Tuanama, quien era el apu de la comunidad nativa Kopalsacha, en la provincia de El Dorado (San Martín), participaba, junto a otras comunidades de la región, en los bloqueos de carreteras como protesta a dicho decreto legislativo y otros nueve más que había aprobado el gobierno de García y que vulneraban los territorios indígenas. De este modo, las comunidades llegan a un acuerdo con el gobierno regional para levantar las medidas de protesta e iniciar acciones legales contra los decretos en cuestión<sup>7</sup>.

En específico, los demandantes sostuvieron que el DL 1089 fue promulgado sin efectuar una consulta previa e informada a los pueblos indígenas, afectándose sus derechos fundamentales contemplados en el Convenio 169 de la OIT. Sostuvieron que se afectaría el derecho a la consulta previa, recogido en su artículo 6, así como el derecho sobre las tierras de los pueblos indígenas y a la libre determinación, recogidos en los artículos 13 al 19 del referido convenio (TC, 2010). Además, indicaron que el Ejecutivo tampoco tomó en cuenta a la DNUPI (TC, 2010).

Por su parte, el procurador público de la presidencia del Consejo de Ministros contestó la demanda, alegando que el DL 1089 no era inconstitucional y que no afectaba derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Los principales argumentos del Ejecutivo ante el TC fueron los siguientes:

- a) No se puede establecer la inconstitucionalidad del decreto legislativo por no haberse efectuado la consulta, dado que no existe una norma que establezca cuáles son los pueblos indígenas

---

<sup>6</sup> El gobierno regional de San Martín brindó apoyo logístico en el recojo de firmas.

<sup>7</sup> Entrevista a Octavio Alvarado, abogado encargado del caso.

en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo qué procedimiento se producirá la consulta.

- b) La DNUPI no ha sido ratificada por el Estado peruano; por lo tanto, no forma parte de nuestro ordenamiento y carece de efectos vinculantes.
- c) Tomando en cuenta que con el desarrollo de la civilización las comunidades campesinas ahora son predominantemente mestizas, el Convenio 169 de la OIT «no es aplicable» y «darle la condición de pueblos indígenas a esas comunidades sería discutible, puesto que ellas indudablemente forman parte del sector mestizo prevaleciente en la sociedad peruana» (TC, 2010).

El TC resolvió el presente caso el 9 de junio de 2010, mediante la sentencia bajo comentario, en la que se declara infundada la demanda de inconstitucionalidad y se interpreta el DL 1089 como no aplicable al caso de los pueblos indígenas.

### 2.2.2. Desarrollo de la sentencia y resolución

La controversia central que debía resolver el TC consistía en determinar si la aprobación de la normativa cuestionada ameritaba realizar un proceso de consulta previa e informada a los pueblos indígenas, según lo establecen el Convenio 169 de la OIT y la DNUPI. Para dar respuesta a tal controversia, el TC se refirió a distintos aspectos que pueden agruparse en cuatro principales: la aplicabilidad del Convenio 169 en el ordenamiento interno, las obligaciones generales del Estado respecto a pueblos indígenas, el contenido del derecho a la consulta de los pueblos indígenas y la constitucionalidad de la norma cuestionada.

#### *Sobre la aplicabilidad del Convenio 169 de la OIT y la DNUPI*

En primer lugar, el TC afirmó que el Convenio 169 de la OIT, al encontrarse en vigor, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, sobre la base del artículo 55 de la Constitución. Dicha disposición

señala expresamente que: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Por lo tanto, consideró que «es obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales», independientemente de la existencia de una norma interna que lo implemente (TC, 2009, f.j. 31).

Respecto a que el «Convenio 169 no ha sido reglamentado», el TC advirtió dos aspectos fundamentales. De un lado, indicó que el referido convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994 y, a la fecha de la sentencia, han transcurrido más de 15 años desde su entrada en vigencia, lo cual evidencia una omisión por parte del Estado (TC, 2010, f.j. 11). En efecto, al ser el Convenio 169 una norma internacional de carácter no autoejecutiva, su implementación efectiva está sometida a la dación de una ley (Salmón, 2012, p. 114). De otro lado, el TC expresó que no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales por ausencia de regulación legal o infralegal, más aún si se trata de compromisos internacionales. En tal sentido, indicó que «la omisión en la regulación de algún mandato *ius fundamental* contenido en un tratado tampoco habilita al Estado a incumplir con las obligaciones emanadas de él» (TC, 2010, f.j. 12-13).

Además, el tribunal afirmó que el Convenio 169 de la OIT es un tratado de derechos humanos y, por tanto, ostenta rango constitucional (2005a, f.j. 33), con lo cual debe ser preferido su contenido ante una norma de menor rango, como el DL 1089. De este modo, el Convenio 169 viene a complementar, normativa e interpretativamente, las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas, las cuales concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los mismos<sup>8</sup>.

Respecto del argumento consistente en que la mayoría de la población peruana es mestiza, el tribunal aclaró que se estaría confundiendo el reconocimiento de cierto sector de la sociedad como «pueblo indígena» con la vigencia de un tratado. De esta forma, se tendrá que determinar

---

<sup>8</sup> Véase el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

en cada caso si determinado grupo califica como pueblo indígena<sup>9</sup>, lo que no significa que el convenio no forme parte del ordenamiento nacional, motivo por el cual desestimó también este argumento (TC, 2010, f.j. 10).

En cuanto a la aplicación de la DNUDPI, el TC coincidió en que el contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria. No obstante, advirtió que ello no implica que no tenga ningún efecto jurídico. De este modo, señaló que las declaraciones representan aquellas metas y objetivos con los que la comunidad internacional compromete su voluntad. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*; es decir, una guía que no resulta obligatoria para los Estados, sino que su contenido representa un código de conducta no legalmente vinculante (TC, 2010, f.j. 8).

#### *Sobre las obligaciones generales del Estado respecto a pueblos indígenas*

El TC se refirió a las obligaciones estatales y derechos de los pueblos indígenas. Se centró fundamentalmente en la calidad de Estado pluricultural y pluriétnico propia del Perú, el derecho de los pueblos indígenas a su identidad cultural y ciertas garantías en torno a la tierra y el territorio. En cuanto a lo primero, reiteró que, del artículo 2.2 de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que se comprende como una aspiración de la sociedad peruana. En palabras del tribunal, «la Constitución ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú» (2005b, f.j. 1).

---

<sup>9</sup> El artículo 1 del mencionado convenio explica que el ámbito de aplicación será el referido a los pueblos indígenas, los cuales son definidos como aquellos que descienden de poblaciones que habitaban el país o región geográfica a la que pertenecía el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las fronteras estatales, que conservan sus propias costumbres, instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

Sobre el derecho a la identidad, el TC reiteró que el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (TC, 2008, f.j. 21). Este consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la que pertenece; es decir, el derecho de la etnia a existir, según la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás (TC, 2010, f.j. 5).

De otro lado, el TC señaló que, según el Convenio 169, el Estado debe tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Se advierte positivamente que en la sentencia se hace mención a varias otras de la Corte IDH con el fin de evidenciar cómo se ha ampliado el reconocimiento y la protección de los derechos de los pueblos indígenas en relación a sus territorios<sup>10</sup>.

Otro aspecto a resaltar es que en la sentencia se determinó que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio, no solo se vulnera su derecho fundamental a la propiedad, sino también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Por ello, el TC enfatizó que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido, que implique la continuidad de su existencia y el mejoramiento de la calidad de vida (2010, f.j. 52).

### *Sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas*

Gran parte del fallo desarrolla el alcance del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. El TC establece que este derecho, reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas y una verdadera

---

<sup>10</sup> En particular, el TC hace referencia a los casos Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua y Comunidad Indígenas Sawhoyamaya vs. Paraguay (2010, f.j. 51).

garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar los intereses de los mismos (2010, f.j. 15). El artículo 15 de dicho convenio también hace referencia al derecho de consulta, específicamente para el caso de exploración y explotación de recursos naturales ubicados en territorios de pueblos indígenas.

Ahora bien, un aporte fundamental en la sentencia es el desarrollo del contenido específico del derecho a la consulta que dio lugar a lo que el tribunal denominó «principios orientadores». A partir de ello, determinó que, en caso se presenten vacíos en la legislación, se tendrá que recurrir a estos principios con el objetivo de maximizarlos y, en caso estén ausentes, se entenderá como una afectación arbitraria e inconstitucional al derecho (TC, 2010, f.j. 26). Los principios del derecho a la consulta afirmados por el TC fueron (2010, f.j. 27-35):

- a) Buena fe. Busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado.
- b) Flexibilidad. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta.
- c) Objetivo de alcanzar un acuerdo. Lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. Dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas, se debe entablar un diálogo, tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluar la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto.
- d) Transparencia. Si bien se manifiesta en el principio de buena fe, la transparencia tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. En cuanto se establezca que determinadas medidas

pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de estos.

- e) Implementación previa del proceso de consulta. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión, para que así los pueblos indígenas puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta.

Cabe destacar también que el TC detalló incluso las etapas del proceso de la consulta. En particular, indicó que consistiría en lo siguiente: a) determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena; b) determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación; c) brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida y negociación; d) si el pueblo indígena está de acuerdo, concluye la etapa de negociación; e) si no lo está, se inicia una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable, pero, si a pesar de eso no hay consenso, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena (TC, 2010, f.j. 41).

#### *Sobre el análisis de la constitucionalidad de la norma cuestionada*

Respecto al análisis del caso en concreto, el tribunal consideró que, si bien en la exposición de motivos del DL 1089 se declara de interés público nacional no solo la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, sino también a las comunidades campesinas y nativas, en el propio decreto no se incluyó dicha referencia. Esto llevó a confusiones dado que la no inclusión tampoco significa exclusión de comunidades campesinas y nativas (TC, 2010, f.j. 55), por lo que se podría estar afectando sus derechos.

El TC se valió del principio de conservación de la ley que exige al juez constitucional «salvar», hasta donde sea razonablemente posible,

la constitucionalidad de una ley impugnada (TC, 2014, f.j. 3) y ponderar la interpretación de la norma. Esto significó concretamente que el tribunal buscara interpretar que el decreto legislativo no alcanzaba a los pueblos indígenas (TC, 2010, f.j. 56). Para ello el tribunal trajo a colación el reglamento del cuestionado DL 1089, que excluye expresamente de su aplicación «[l]os territorios de Comunidades Campesinas y Nativas»<sup>11</sup>. Esto sirvió de base para que el tribunal concluyera que el Ejecutivo excluye a los pueblos indígenas. Además, precisó que esta exclusión debe entenderse que alcanza a los territorios de los pueblos indígenas que cuenten con o sin reconocimiento (TC, 2010, f.j. 58).

En vista a lo anterior, el tribunal consideró que, al no haberse determinado que las normas del mencionado decreto sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, al no ser los pueblos indígenas sujetos pasivos de la norma, no resulta necesario llevar a cabo el proceso de consulta. Por lo tanto, desestimó la demanda por no haberse vulnerado el derecho de consulta con el DL 1089 (TC, 2010, f.j. 58).

### 3. IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA

El TC peruano jugó un papel fundamental al desarrollar en su jurisprudencia principios, contenido y etapas para la implementación del derecho a la consulta, en un escenario de prolongada omisión legislativa (DPLF, 2015, p. 35). El impacto de la sentencia puede verse desde una mirada centrada en lo que significó para la propia jurisprudencia del tribunal en materia de derechos indígenas, puede estar enfocada en ver qué aportó concretamente el fallo en la legislación sobre consulta previa y puede evaluarse también su impacto a partir de un balance de los procesos de consulta previa que hasta la actualidad han tenido lugar en nuestro país.

---

<sup>11</sup> Decreto supremo 032-2008-VIVIENDA, del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/34935CD9DC890DEF052575D700758562/\\$FILE/D.S.032-2008-Vivienda.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/34935CD9DC890DEF052575D700758562/$FILE/D.S.032-2008-Vivienda.pdf).

### 3.1. Jurisprudencia del TC en materia de pueblos indígenas

La sentencia bajo análisis no es el primer fallo en el que el TC se pronuncia sobre los derechos de los pueblos indígenas, pero sí es uno de los más relevantes en su jurisprudencia. Como se puede apreciar en el cuadro 8, existen varios pronunciamientos del tribunal en esa materia.

**Cuadro 8**  
**Sentencias del TC sobre pueblos indígenas**

Número de expediente	Fecha de sentencia	Nombre del caso	Principales conceptos desarrollados
0042-2004-AI/TC	13 de abril de 2005	Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de 5000 ciudadanos contra el Poder Ejecutivo	Estado multicultural y poliétnico
3343-2007-PA/TC	19 de febrero de 2009	Jaime Hans Bustamante Johnson	Derecho a la autodeterminación, derecho a la identidad étnica y cultural, derecho a la tierra y al territorio, derecho a la consulta previa
0022-2009-PI/TC	9 de junio de 2010	Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos	Estado pluricultural y pluriétnico, derecho a la identidad étnica, derechos sobre el territorio, Convenio 169 de OIT y DUNDPI, derecho a la consulta previa
00025-2009-PI/TC	17 de marzo de 2011	Gonzalo Tuanama Tuanama y 8099 ciudadanos	Derecho a la consulta previa
00024-2009-PI/TC	26 de julio de 2011	Gonzalo Tuanama Tuanama y 6226 ciudadanos	Derecho a la consulta previa, Convenio 169 de OIT y DUNDPI, propiedad comunal
1126-2011-HC/TC	11 de setiembre de 2012	Juana Griselda Payaba Cachique	Derecho a la autodeterminación, derecho a la tierra y al territorio

Fuente: TC, elaboración propia.

Antes de la sentencia anteriormente comentada, el tribunal había afirmado ya, en 2005, el carácter de Estado multicultural y poliétnico derivado de nuestra Constitución, a partir de lo cual afirmó que «no [se desconoce] la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú» (2005b, f.j. 1). Otro antecedente relevante es la sentencia 03343-2007-PA/TC del año 2009, en la que el TC se refiere por primera vez al derecho a la consulta previa. En este fallo, el máximo intérprete constitucional afirmó el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT; además, recogió diversas manifestaciones del derecho a la identidad étnica (2009, f.j. 30).

Luego de ello, vino el fallo bajo comentario emitido el año 2010, cuyo sentido principal fue reiterado posteriormente en otras sentencias. Así, por ejemplo, en la sentencia 00025-2009-PI/TC de 2011, el TC reiteró la exigibilidad del derecho a la consulta con independencia de la ausencia de legislación que lo implemente. Asimismo, en la sentencia 00024-2009-PI del mismo año, el tribunal profundizó más acerca de la propiedad comunal, sirviéndose de la jurisprudencia de la Corte IDH, que establece que su protección permite preservar el legado cultural de los pueblos indígenas y, de este modo, transmitirlo a las generaciones futuras (2010, párr. 86).

Cabe mencionar también la sentencia 1126-2011-HC/TC de 2012, en la que los demandantes cuestionaron una resolución judicial por afectar el derecho a la propiedad del territorio de la comunidad nativa Tres Islas. En este caso, el TC señaló que los pueblos indígenas «tienen el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, controlar intrusiones a su propiedad» (2012, f.j. 25), así como la autonomía no solo en cuanto a la función jurisdiccional, sino también en la manera que usan o disponen de sus tierras (2012, f.j. 42).

Respecto a la DUNDPI, debe notarse que el TC ha señalado posteriormente la importancia de este instrumento como guía para la comunidad internacional en materia de pueblos indígenas. Asimismo, si bien el TC señaló que este no era vinculante, se puede evidenciar

que derechos como a la autodeterminación —el cual no está contemplado en el Convenio 169 de la OIT, pero sí en la DUNDPI<sup>12</sup>— han sido desarrollados por reiterada jurisprudencia del tribunal.

### **3.2. ¿Qué aportó la sentencia en la legislación sobre consulta previa en nuestro país?**

La presente sentencia fue un antecedente fundamental a la consolidación de un marco normativo en nuestro país en materia de consulta previa. En términos generales, se reconoce que constituyó un aporte en el reconocimiento de principios o reglas vinculantes sobre el marco interpretativo del derecho a la consulta, las fuentes de derecho aplicables a este, los principios que orientan la realización de la consulta previa, las etapas del proceso de consulta, entre otros (Ruiz Molleda, 2010, pp. 6-8). En términos concretos, los aportes de la sentencia se observan al realizar una mirada comparativa entre el contenido de la sentencia y la ley de consulta previa, adoptada en 2011. Ello permite constatar que varios elementos desarrollados por el TC fueron utilizados como base e incorporados en la ley, como se observa en el siguiente cuadro 9.

---

<sup>12</sup> En la DNUDPI, se contemplan derechos distintos a los establecidos en el Convenio 169 de la OIT para los pueblos indígenas, como el de libre determinación. Ciertamente, en los artículos 10 y 19 de la DNUDPI, que se refieren a la consulta previa, se establecen también derechos diferentes respecto a tierras y territorios, de manera tal que la consulta previa debe ubicarse en el marco del principio de libre determinación. La jurisprudencia de la Corte IDH también se ha referido a la DNUDPI como referente para desarrollar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Ver la sentencia de la Corte IDH, del 27 de junio de 2012, sobre el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf).

**Cuadro 9**  
**Comparación entre contenido de la sentencia Gonzalo Tuanama**  
**y ley de consulta previa**

	Sentencia del TC	Ley de consulta previa
Principios orientadores	Buena fe	Buena fe como principio rector (artículo 4.c)
	Flexibilidad	Flexibilidad como principio rector (artículo 4.d)
	Objetivo de alcanzar un acuerdo	La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre Estado y pueblos indígenas (artículo 3)
	Transparencia	Información oportuna como principio rector (artículo 4.g)
	Implementación previa del proceso de consulta	Oportunidad como principio rector (el proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida) (artículo 4.a)
Sobre el proceso de consulta	Determinación de la medida legislativa o administrativa	Identificación de la medida que debe ser objeto de consulta, etapa 1 del proceso (artículos 8.a y 9)
	Determinación de pueblos indígenas posibles de ser afectados	Identificación de pueblos indígenas a ser consultados, etapa 2 del proceso (artículos 8.b y 10)
	Otorgamiento de plazo razonable para que pueblos indígenas se formen una opinión respecto la medida	Plazo razonable como principio rector (artículo 4.e) Evaluación interna por pueblos indígenas sobre la medida, etapa 5 del proceso* (artículos 8.e y 13)
	Etapas de negociación y acuerdo sobre la medida	Proceso de diálogo entre representantes del Estado y de los pueblos indígenas, etapa 6 del proceso (artículos 8.f y 14)
	Posibilidad del Estado de implementar la medida si no hay consenso, atendiendo en lo posible a peticiones del pueblo indígena	La decisión final sobre la aprobación de la medida corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada (artículo 15)

Fuente: TC, ley de consulta previa; elaboración propia.

\* La etapa 3 se refiere a la publicidad de la medida y la etapa 4, a la información sobre la medida a consultar.

A la ley 29785 y su reglamento les han seguido instrumentos más específicos que intentan poner en práctica algunos aspectos sustanciales de la ley. Inclusive, dichos avances normativos e institucionales colocan al Perú como un país a la vanguardia en este ámbito a nivel regional<sup>13</sup>. Sin embargo, en Perú y en varios países se han presentado importantes retos, como la falta de aplicación de la consulta previa en algunos casos y falta de aplicación de las garantías que exige este proceso y, en especial, en su adecuación cultural (Blanco, 2016, p. 25).

Hasta marzo de 2018, en el Perú se cuenta con 24 procesos de consulta que ya culminaron y 16 que aún no han llegado a una decisión; de todos estos, destacan los vinculados a medidas relativas a lotes petroleros, así como a la exploración y explotación minera. Estos procesos de consulta han versado no solo sobre medidas con potencialidad de afectar negativamente a pueblos o comunidades indígenas, sino también sobre aquellas que suponen un impacto positivo en sus derechos<sup>14</sup>.

Sin embargo, hay algunos ámbitos que se mantienen esquivos a la aplicación de la consulta. Un aspecto de preocupación es la exclusión de procesos de consulta ante la existencia de «acuerdos» entre la empresa y las comunidades afectadas por determinado proyecto<sup>15</sup>, pues se ha entendido que en estos escenarios no es exigible realizar procesos de consulta, a pesar de las asimetrías entre titulares de concesiones y comunidades locales y de tratarse de una negociación sobre un derecho

---

<sup>13</sup> A pesar de que la mayoría de Estados parte del Convenio 169 son latinoamericanos, solo un pequeño grupo de países de la región cuenta con un marco normativo que permite aplicar procesos de consulta previa, tales como Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Panamá y Perú.

<sup>14</sup> Nos referimos a la propuesta de reglamento de la ley 29735 (ley de lenguas originarias), el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe y la Política Sectorial de Salud Intercultural. Para una reseña de estos procesos de consulta, ver: <http://consulta-previa.cultura.gob.pe/>.

<sup>15</sup> Véase el artículo 7 de la ley 26505, ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.

fundamental que puede culminar en acuerdos abusivos (Ruiz Molleda, 2014). Otros retos se vinculan a su aplicación en ciertos rubros (transportes o agricultura), la incorporación en el proceso de elaboración y aprobación de los estudios de impacto ambiental y la consulta de medidas legislativas por parte del Congreso de la República.

En lo que respecta a la aplicación subjetiva, se presentaron dificultades prácticas y resistencias a nivel político para la aplicación de este derecho a comunidades campesinas de la costa y sierra del país. Asimismo, en la práctica, es la entidad estatal promotora de la medida la responsable de la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados; mientras que el Viceministerio de Interculturalidad (VMI), ente rector perteneciente al Ministerio de Cultura, está facultado a emitir opinión, de oficio o a pedido de la entidad, sobre la caracterización de los pueblos indígenas<sup>16</sup>.

Si bien hay aspectos que mejorar, se presentan también experiencias con avances significativos, como el caso de la consulta del proyecto hidrovía amazónica, primero en infraestructura en el Perú. Aunque presentó algunos aspectos deficientes, mostró también elementos novedosos que reflejan pasos hacia un diálogo intercultural<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Ver los artículos 10 y 19.d de la ley de consulta previa, así como los artículos 8 y 28.3 de su reglamento.

<sup>17</sup> Pueden señalarse, entre otros, la realización de talleres informativos adicionales a solicitud de los pueblos consultados; el acuerdo relativo a que el estudio de impacto ambiental detallado (EIA-d) recoja impactos culturales y espirituales, e incluya la relación especial de los pueblos indígenas con el río; así como el acuerdo de que el equipo multidisciplinario a cargo del EIA-d reciba el apoyo de tres sabios indígenas. Otro punto a destacar es que dejó abierta la posibilidad para evaluar la realización de una consulta del EIA-d, en caso se identifiquen nuevas afectaciones a los pueblos indígenas que no hayan sido objeto de la presente consulta (Urrutia, 2015).

#### 4. CONCLUSIONES

El fallo del TC en el caso Tuanama Tuanama permitió zanjar un argumento que venía siendo esgrimido con frecuencia por autoridades públicas para incumplir la consulta previa antes de contar con una ley, al afirmar que no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales por ausencia de regulación legal o infralegal. En términos más positivos, el TC confirmó que el Convenio 169 de la OIT es de obligatorio cumplimiento por todas las entidades estatales, en tanto es un tratado en vigor para el Perú, con independencia de la existencia de una norma interna que lo implemente. Además, dicho convenio es un tratado de derechos humanos y, por tanto, ostenta rango constitucional y complementa, normativa e interpretativamente, las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que concretizan sus derechos fundamentales. Asimismo, reconoció la relevancia del DNUDPI, una norma de *soft law* que debe ser tomada como guía de conducta por el Estado, a pesar de no ser vinculante.

En esta lógica, el TC reconoce que la consulta es un derecho que sirve como una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas y una verdadera garantía jurídica en un Estado que se afirma es «multicultural y poliétnico». En este punto, cabe destacar cómo el razonamiento del tribunal, al entender a nuestro país como tal, coloca en el banquillo la visión del progreso monocultural del gobierno de Alan García. De este modo, el desarrollo que hizo el tribunal sirvió de base en el proceso de elaboración de la ley de consulta, que fue dada tras los sucesos de Bagua, cuando lo permitieron un contexto político favorable y el trabajo de varias organizaciones indígenas y de la sociedad civil.

Siguiendo a Pinto (2009), se pueden identificar tres grandes líneas en política territorial que han tenido coherencia y continuidad desde Fujimori. La primera de ellas es la «flexibilización» de «las protecciones jurídicas de la propiedad comunal y fomentar la desintegración de las comunidades para promover la reconcentración de tierras en actores

plenamente insertados en el mercado». La segunda es la «disminución de condicionantes para la inversión extractiva», principalmente en el ámbito de la normatividad e institucionalidad ambiental. Por último, se ha presentado una «reconcentración de las decisiones» en torno a la participación ciudadana y ordenamiento territorial descentralizado (Pinto, 2009, p. 86). En este escenario históricamente poco proclive al reconocimiento de derechos territoriales e inclusión de pueblos indígenas en la toma de decisiones, la adopción, implementación y aplicación efectiva de una ley de consulta previa no es un logro menor en el país. Ni lo es tampoco el hecho de que el máximo intérprete constitucional haya contribuido en esta agenda en un momento clave.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Gonzalo, Sandra Lafosse, Hugo Rojas y Rébecca Steward (2010). Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina. *Pace International Law Review Online Companion*, 2(2), 44-104.
- Arellano Yanguas, Javier (2011). *¿Minería sin fronteras?: conflicto y desarrollo en regiones mineras del Perú*. Lima: PUCP.
- Blanco, Cristina (2016). Balance del Perú en el contexto regional: una mirada comparativa del derecho a la consulta previa con relación a Colombia, Chile y Bolivia. En Karina Vargas (comp.), *La implementación del derecho a la consulta previa en Perú: Aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas* (pp. 11-27). Lima: GIZ.
- CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Washington DC: CIDH. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industrialsextractivas2016.pdf>.
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto. Fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf).

- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio. Fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia del 24 de agosto. Fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf).
- De Echave, José, Mario Palacios & Raphael Hoetmer (coords.) (2009). *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Defensoría del Pueblo (2008). Comentarios sobre proyectos de ley: tierras, predios rurales, comunidades campesinas y nativas. Informe N.º 016-2008-DP/ASPMA.PCN. Lima. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-016-2008-DP-ASPMA-PCN.pdf>.
- Defensoría del Pueblo (2009). *Reporte Mensual de Conflictos Sociales N.º 70. Diciembre 2009*. Lima. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/reporte-diciembre.pdf>.
- Defensoría del Pueblo (2018). *Reporte Mensual de Conflictos Sociales N.º 168. Febrero 2018*. Lima. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-168-Febrero-2018.pdf>.
- DPLF - Fundación para el Debido Proceso (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina*. Washington DC: OXFAM. Recuperado de [http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_consulta\\_previa\\_2015\\_web-2.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf)
- García Pérez, Alan (2007). El síndrome del perro del hortelano. *El Comercio*. Lima, 28 de octubre. Recuperado de <https://indigenasdelperu.files.wordpress.com/2015/09/26539211-alan-garcia-perez-y-el-perro-del-hortelano.pdf>.

- Gil, Vladimir (2009). *Aterrizaje minera. Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Ancash, Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Gudynas, Eduardo (2015). *Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza*. Lima: RedGE/CLAES/PDTG.
- Gudynas, Eduardo (2011). Más allá del nuevo extractivismo: transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo. En Fernanda Wanderley (coord.), *El desarrollo en cuestión. Reflexiones desde América Latina* (pp. 379-410). La Paz: OXFAM y CIDES UMSA. Recuperado de <http://gudynas.com/publicaciones/GudynasExtractivismoTransicionesCides11.pdf>.
- Harvey, David (2003). *The New Imperialism*. Nueva York: Oxford University Press.
- Henríquez, Narda (2015). La política de las protestas sociales, movilizaciones y negociaciones en torno a los recursos naturales. En Narda Henríquez y otros, *Desigualdades en un mundo globalizado* (pp. 101-133). Lima: CISEPA y PUCP.
- López, Sinesio (2013). *Alan García: los años del perro del hortelano (2006-2011)*. Lima: Lapix.
- MINEM - Ministerio de Energía y Minas (s/f). Perú: Un país minero lleno de oportunidades. Recuperado de <http://www.minem.gob.pe/descripcion.php?idSector=1&idTitular=159&idMenu=sub149&idCateg=159> (consultado el 20 de enero de 2018).
- Naciones Unidas (2009). Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, S. James Anaya (informe especial A/HRC/12/34/Add.8, del 18 de agosto de 2009). Recuperado de <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2009-special-a-hrc-12-34-add-8-peru-bagua-en.pdf>.
- OHCHR - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (s/f). Folleto N.º 8: La OIT y los pueblos indígenas y tribales. Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPLaflight8sp.pdf>.
- Pinto, Vladimiro (2009). Reestructuración neoliberal del Estado Peruano, industrias extractivas y derechos sobre el territorio. En José De Echave, Mario Palacios y Raphael Hoetmer (coords.), *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*

(pp. 85-103). Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Portillo Riascos, Luis Hernando (2014). Extractivismo clásico y neoextractivismo, ¿dos tipos de extractivismos diferentes? *Tendencias*, 15(2), 11-29.
- Ruiz Molleda, Juan Carlos (2010). El desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional del derecho a la consulta previa: La exigencia judicial de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Documento de trabajo N.º 41. *Justicia Viva*. Recuperado de [http://www.justicia-viva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc05082010-223419.pdf](http://www.justicia-viva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc05082010-223419.pdf).
- Ruiz Molleda, Juan Carlos (2014). La estrategia de “invisibilización” de los derechos de los pueblos indígenas: Comunidades campesinas de Puno firman “Acuerdo Marco”. *Justicia Viva*, 24 de febrero. Recuperado de <https://www.servindi.org/actualidad/102151>.
- Salmón, Elizabeth (coord.) (2012). *La consulta previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*. Lima: IDEHPUCP y Konrad Adenauer Stiftung.
- SERVINDI - Servicios de Comunicación Intercultural (2012). Perú: Ollanta y su particular visión del derecho a la consulta previa. *Servindi*, 13 de junio. Recuperado de <http://servindi.org/actualidad/66223>.
- SERVINDI - Servicios de Comunicación Intercultural (2013). Ollanta reitera que espíritu de ley de consulta es darle voz solo a comunidades nativas. *Servindi*, 29 de abril. Recuperado de <http://servindi.org/actualidad/86489>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2005a). Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Colegio de Abogados de Arequipa y otros, sentencia del 25 de abril. Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/Normas007/sentencia%20tc%20025-2005-pi-tc.doc>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2005b). Expediente 0042-2004-AI/TC. Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos, sentencia del 13 de abril. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/normativas/00042-2004-AI.html>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2008). Expediente 0006-2008-PI/TC. Presidente de la República (demandante) vs. Gobierno Regional de Puno (demandado), sentencia del 11 de junio. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00006-2008-AI.html>.

- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2009). Expediente 3343-2007-PA/TC. Jaime Hans Bustamante Johnson, sentencia del 19 de febrero. Recuperado de <http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/down.php?arq=141209-110708EXP.%20N%BA%203343-2007-PA-TC.pdf&pasta=jurisprudencia>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2010). Expediente 0022-2009-PI/TC. Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos, sentencia del 9 de junio. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2012). Expediente 1126-2011-HC/TC, Juana Griselda Payaba Cachique, sentencia del 11 de setiembre. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.html>.
- Urrutia, Isabel (2015). Los nuevos (viejos) retos de la consulta previa y estrategias para atenderlos - una mirada al Caso Hidrovía Amazónica. *Justicia Viva*. Recuperado de <http://www.justiciaviva.org.pe/blog/los-nuevos-viejos-retos-de-la-consulta-previa-y-estrategias-para-atenderlos-una-mirada-al-caso-hidrovia-amazonica/>.

## CASO NIETO TINOCO

### IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD<sup>1</sup>

Erick Acuña

#### FICHA DEL CASO

2008	2011	2012	2012	2015
3 de junio	13 de setiembre	7 de marzo	27 de abril	18 de mayo
El Estado peruano ratifica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.	Diomedes Tinoco presenta un primer oficio solicitando al gobierno regional de Junín la creación de una OREDIS.	Diomedes Tinoco presenta un segundo oficio solicitando al gobierno regional de Junín la creación de una OREDIS.	Diomedes Tinoco interpone demanda de cumplimiento en la ciudad de Huancayo al no recibir respuesta a sus solicitudes.	El TC emite sentencia ante la denegatoria de otras instancias judiciales sobre el caso y declara fundada la petición.

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, el autor recibió los aportes de Henry Ayala, además de los comentarios del equipo de investigadores.

## RESUMEN

El artículo analiza la sentencia del TC en el caso Diomedes Tinoco, en relación con la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Dicho caso se refiere a la falta de creación de la Oficina Regional para la Atención de las Personas con Discapacidad en la región de Junín, la cual está contemplada en la ley general de la persona con discapacidad. Se destaca cómo el tribunal incorpora las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano a efectos de promover la igualdad y eliminar la discriminación a través de la realización de ajustes razonables. Adicionalmente, se resalta que el tribunal estableció que las razones económicas y presupuestarias no son una justificación legítima para incumplir con un mandato legal, en especial cuando se trata de un grupo históricamente excluido como las personas con discapacidad.

### 1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la ONU, existen alrededor de mil millones de personas con discapacidad<sup>2</sup> en el mundo<sup>3</sup>. Históricamente, las personas con discapacidad han sido víctimas de una serie de abusos y violaciones a sus derechos, negándoles incluso la calificación de «personas». Ello se ha visto reflejado en que la mayoría de legislaciones de los países consideran aún a las personas con discapacidad como incapaces de ejercer los mismos derechos que las demás (Lord & Stein, 2008, p. 451).

---

<sup>2</sup> En este artículo, las «personas con discapacidad» incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo quienes, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Dicha definición se encuentra establecida en el artículo de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>3</sup> Ver la infografía «La invisibilidad de la discapacidad» de la ONU del año 2016, disponible en: [http://www.un.org/disabilities/documents/sdgs/infographic\\_statistics\\_2016.pdf](http://www.un.org/disabilities/documents/sdgs/infographic_statistics_2016.pdf).

Frente a esta situación, a nivel internacional, se fueron adoptando diversos instrumentos a efectos de establecer obligaciones para los Estados en materia de protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Entre dichos instrumentos, cabe resaltar la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptadas por la Asamblea General de la OEA<sup>4</sup> 1999 y por la Asamblea General de la ONU en 2006, respectivamente.

En el Perú, las personas con discapacidad constituyen el 5,2% de la población<sup>5</sup>. De acuerdo a la Defensoría del Pueblo, las personas con discapacidad «forman parte de los estratos más invisibilizados y excluidos de la población», por lo que son «víctimas frecuentes de múltiples y agravadas formas de discriminación que les impiden ejercer plenamente libertades y derechos básicos»<sup>6</sup>. Es así como en las últimas décadas el Estado peruano ha venido implementando una serie de medidas legislativas, administrativas y de otra índole a efectos de promover la igualdad de las personas con discapacidad. Con los años, dichas medidas han ido adaptándose a los estándares internacionales en materia de protección y garantía de derechos de dichas personas.

No obstante, muchas de estas medidas no han sido debidamente implementadas. En muchas entidades públicas, se sigue dejando como última prioridad las medidas relacionadas con personas con discapacidad. En particular, se ha justificado la omisión en la adaptación de medidas debido a la falta de recursos económicos.

---

<sup>4</sup> Ver la resolución de la OEA del 7 de junio de 1999, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/english/ga-res99/eres1608.htm>.

<sup>5</sup> Ver la infografía del Instituto Nacional de Estadística e Informática, sobre la primera encuesta nacional especializada sobre discapacidad del año 2012, disponible en: <https://www.conadisperu.gob.pe/estadisticas-en-discapacidad>.

<sup>6</sup> Ver la sección «Grupo de especial protección: Personas con discapacidad», en la web de la Defensoría del Pueblo, disponible en: [https://www.defensoria.gob.pe/grupos\\_de\\_proteccion/personas-con-discapacidad/](https://www.defensoria.gob.pe/grupos_de_proteccion/personas-con-discapacidad/)

Es así como la sentencia que se pasará a analizar abarca dicha contingencia: la falta de implementación de una medida legislativa establecida con el objetivo de asegurar la igualdad de las personas con discapacidad. En primer lugar, se hará referencia al contexto en el cual se emitió la sentencia. En segundo lugar, se indicará los hechos del caso y el razonamiento del TC en ella. En tercer lugar, se analizará su contenido. Finalmente, se establecerán las conclusiones del artículo.

## 2. DESARROLLO DEL CASO

### 2.1. Contexto sociopolítico

A efectos de entender el contexto en el cual se inserta la sentencia bajo comentario, resulta fundamental hacer una referencia a los dos enfoques sobre las personas con discapacidad. Luego de la Segunda Guerra Mundial, se adoptó un modelo rehabilitador, el cual consideraba que la discapacidad era exclusivamente un problema de la persona, producido por una enfermedad, accidente o condición de salud. Debido a ello, dicha persona requería de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. Es así como el objetivo de este enfoque estaba encaminado a conseguir una cura, una mejor adaptación de la persona o un cambio de conducta (Salmón & Bregaglio, 2017, p. 12).

Tal como lo señala Agustina Palacios, la discapacidad se abordaba en la legislación de los Estados como parte de la asistencia o seguridad social, así como en cuestiones de derechos civiles (Palacios, 2008, p. 66). Debido a una supuesta condición de «invalidez» de las personas con discapacidad, los Estados consideraban que estas no tenían la capacidad de poder decidir por sí mismas los aspectos relacionados a su vida. En consecuencia, era necesario que exista un representante que lo haga por ellas, lo cual mermaba su autonomía intrínseca.

En múltiples casos, los representantes que actuaban en nombre de las personas con discapacidad a veces no lo hacían en interés de la persona

a la que representaban y, lo que es peor, a veces abusaban de su posición de autoridad (ACNUDH, 2007, p. 97). En ese sentido, se llegaban a situaciones tan extremas y violatorias de derechos humanos en tanto los representantes no tenían que demostrar necesariamente que las decisiones adoptadas se realizaban en el mejor interés de las personas con discapacidad o de acuerdo con sus deseos.

Dentro de dicho enfoque se enmarca la ley 27050 (ley general de la persona con discapacidad), la cual fue aprobada el 18 de diciembre de 1998. En su artículo 2, define a las personas con discapacidad exclusivamente sobre la base de sus deficiencias físicas, mentales o sensoriales. Asimismo, se indica que la norma tiene como objetivo establecer un régimen de protección y rehabilitación para dichas personas.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe resaltar que la ley 27050 dispuso algunas medidas para promover la igualdad de oportunidades. Por ejemplo, la creación del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) como responsable de la formulación y aprobación de políticas de atención de las personas con discapacidad. Asimismo, se dispuso que los gobiernos locales creen oficinas de protección, participación y organización de aquellas personas.

Un año después, a nivel del sistema interamericano de derechos humanos, se adoptó la CIADDIS, que es el primer instrumento internacional de derechos humanos específicamente dedicado a personas con discapacidad. La propia Corte IDH ha sostenido que dicho tratado representa un invaluable compromiso de los Estados para garantizar a las personas con discapacidad el goce de los mismos derechos que gozan los demás (Corte IDH, 2016, párr. 204). El Estado peruano ratificó dicho instrumento el 30 de agosto de 2001<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Información disponible en la página web del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-65.html>.

Recién a inicios del año 2000 es cuando en la ONU se empezó a discutir sobre la importancia de adoptar un tratado de derechos humanos enfocado en los derechos de las personas con discapacidad y que se supere el modelo rehabilitador.

Así, el 13 de diciembre de 2006, se adoptó la CDPD, la cual entró en vigencia el 3 de mayo de 2008, la cual adoptó un enfoque social para abordar la discapacidad. Ello implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva (artículo 1 de la convención). Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas (Corte IDH, 2012b, párr. 133).

Asimismo, la CDPD establece los siguientes principios rectores en la materia: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; y h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Tal como señaló el entonces Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la CDPD clarifica las obligaciones de respetar y asegurar el disfrute de derechos por parte de las personas con discapacidad (ACNUDH, 2007, p. 20).

El Estado peruano ratificó dicha convención el 3 de junio de 2008<sup>8</sup>. La CDPD creó un Comité sobre los Derechos de las Personas con

---

<sup>8</sup> Ver [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en).

Discapacidad (Comité DPD), el cual, entre otras funciones, monitorea que los Estados cumplan con implementar sus disposiciones. Precisamente, el 16 de mayo de 2012, el Comité DPD recomendó al Estado peruano lo siguiente:

Al Comité le preocupa que no exista una estrategia coherente y general para aplicar el modelo social que establece la Convención, que incluya medidas de carácter positivo, para lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y la plena efectividad de los derechos consagrados en la Convención a todos los niveles, con inclusión de las zonas rurales. Al Comité le preocupa asimismo que el marco legislativo sobre la discapacidad del Estado parte no se ajuste aún plenamente a la Convención, y entre otras cosas el hecho de que [...] La Ley N° 27050 general de la persona con discapacidad recoja una definición de la discapacidad basada en una perspectiva médica más que social y no incluya referencias a los principios fundamentales contenidos en los artículos 2 y 3 de la Convención. [...] El Comité recomienda al Estado parte que promueva una estrategia de largo alcance para hacer efectivos todos los derechos consagrados en la Convención y que agilice el examen de su marco legislativo a fin de ajustarlo plenamente con todas las disposiciones de la Convención, incluidos sus principios fundamentales, y en particular que: [...] Modifique la Ley N° 27050 a fin de incluir una definición general de persona con discapacidad (Comité DPD, 2012, párr. 6-7).

Seis meses después, el 13 de diciembre de 2012, el Estado aprobó la ley 29973 (nueva ley general de la persona con discapacidad), la cual derogó a la ley 27050 (LGPC). Dicha norma incorporó el modelo social establecido en la CDPD y los principios rectores previamente establecidos. Asimismo, mantuvo algunas disposiciones de la ley 27050, tales como el funcionamiento del CONADIS y la creación de oficinas regionales de atención a las personas con discapacidad (OREDIS).

La LGPC estableció un plazo no mayor de 120 días para que el Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo, apruebe su reglamento. Sin perjuicio de ello, la LGPC indicó que la falta de reglamentación de alguna de sus disposiciones no es impedimento para su aplicación y exigencia.

A pesar de dicho plazo, recién el 8 de abril de 2014 se publica el reglamento de la LGPC. En relación con el establecimiento de las OREDIS, la norma indicó lo siguiente:

Los Gobiernos Regionales y la Municipalidad Metropolitana de Lima adecúan su estructura orgánica y sus instrumentos de gestión, a fin de incorporar a la Oficina Regional de Atención a las Personas con Discapacidad - OREDIS. Asimismo, llevan a cabo el diseño para el funcionamiento de la OREDIS. La implementación y funcionamiento de la [...] OREDIS se financia con cargo al presupuesto institucional del Gobierno Regional o de la Municipalidad Metropolitana de Lima, según corresponda en el marco de la normativa vigente (artículo 78.1 del reglamento de la LGPC).

Para la fecha de la presentación de la demanda sobre el caso a ser analizado, más de la mitad de los departamentos del Estado peruano (incluyendo Junín) no contaban con una OREDIS. De acuerdo a un informe del mismo año de la Federación Regional de Personas con Discapacidad de Junín (FEREDIJ)<sup>9</sup>, existían cuarenta y cinco mil personas con discapacidad en dicho departamento. Asimismo, se indicó que únicamente el 7% de dichas personas podía acceder a «los servicios de salud, educación y los beneficios que los reducidos programas creados por el gobierno para atender las necesidades de este grupo» (Castillo, 2015, p. 3).

---

<sup>9</sup> La FEREDIJ de Junín es una organización que se constituyó en el año 2011 con el objetivo de promover el respeto por los derechos de las personas con discapacidad en dicha región.

## 2.2. Descripción del caso

### 2.2.1. Los hechos del caso

El 13 de setiembre de 2011 y el 7 de marzo de 2012, el presidente de la FEREDIJ de Junín, Diomedes Nieto Tinoco, presentó dos oficios al presidente del gobierno regional de esa localidad. En dichas comunicaciones, el señor Tinoco solicitó la creación de la Oficina Regional para la Atención de las Personas con Discapacidad (OREDIS), de conformidad con el artículo 10 de la LGPC<sup>10</sup>.

El señor Tinoco sostuvo que, debido a que no recibió respuesta frente a sus solicitudes, el 27 de abril de 2012 interpuso una demanda de cumplimiento en la ciudad de Huancayo, capital del departamento de Junín. Además, indicó que el artículo 10 de la LGPC establece expresamente la creación de una OREDIS para cada gobierno regional. Agregó también que la ley 28164 estableció un plazo a los gobiernos regionales de ciento veinte días para su creación, lo cual no fue cumplido. El señor Tinoco alegó que, a pesar de haber enviado comunicaciones al gobierno regional de Junín para que cumplan con lo establecido por la normativa interna, este se ha negado a implementar la creación de la OREDIS.

Adicionalmente, el señor Tinoco solicitó que se cumpla con el artículo 33 la LGPC, la cual establece que los gobiernos regionales están obligados a contratar personas con discapacidad «en una proporción no inferior al tres por ciento de la totalidad de su personal»<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> La ley 27050 fue promulgada el 31 de diciembre de 1998. El 9 de enero de 2004, se promulgó la ley 28164, la cual modificó diversos artículos de aquella: «Artículo 10. De la contribución de los gobiernos regionales y locales Los gobiernos regionales, a través de Oficinas Regionales de Atención a las Personas con Discapacidad, apoyan a las instituciones públicas y privadas, en el desarrollo, ejecución y evaluación de programas, proyectos y servicios que promuevan la igualdad y equidad de oportunidades y el desarrollo de las personas con discapacidad. [...]».

<sup>11</sup> «Artículo 33. Fomento del empleo. [...] El Poder Ejecutivo, sus órganos desconcentrados y descentralizados, las instituciones constitucionalmente autónomas, las empresas

Sostuvo que el plazo para ello también era de 120 días desde la publicación de la ley 28164 y que, a pesar de ello, esto no ha sucedido.

El Primer Juzgado Civil de Huancayo declaró improcedente la demanda presentada. El juzgado consideró que la demanda de cumplimiento no tiene carácter incondicional, tal como lo ha exigido el TC en una sentencia de 2005 que declaró como precedente vinculante<sup>12</sup>. El juzgado explicó que el carácter incondicional implica que se demuestre que «la demandada tiene la capacidad de implementar en forma adecuada con personal a cargo, infraestructura y presupuesto la oficina reclamada» (TC, 2015, antecedentes); además, indicó que ello no puede darse por vía del proceso de cumplimiento, puesto que no hay etapa probatoria en dicho recurso.

El juzgado también sostuvo que la normativa que establece la creación de la OREDIS y la contratación de personas con discapacidad es «general», por lo que no puede individualizarse al beneficiario de dicha medida. Indicó que, en consecuencia, al señor Tinoco no se le puede reconocer el derecho a presentar esta solicitud.

Dicha decisión fue apelada por el señor Tinoco y, el 13 de marzo de 2013, la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín confirmó lo resuelto en primera instancia. La sala consideró que la solicitud de cumplimiento no es incondicional, pues se requiere la ejecución de una serie de procedimientos de carácter administrativo, requisitos y formalidades que deben verificarse previamente. Explicó que entre dichos elementos cabe destacar la coordinación técnica que debe darse entre el gobierno regional de Junín y el CONADIS<sup>13</sup>;

---

del Estado, los gobiernos regionales y las municipalidades, están obligados a contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al tres por ciento (3%) de la totalidad de su personal».

<sup>12</sup> Ver la sentencia del Tribunal Constitucional (expediente 0168-2005-PC/TC, Maximiliano Villanueva Valverde), del 29 de setiembre de 2005, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00168-2005-AC.html>.

<sup>13</sup> El CONADIS está constituido como un organismo público adscrito al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Tiene, entre otras, las siguientes funciones: a) formular,

ello a efectos de que este último preste asesoría técnica para el funcionamiento y la capacitación de la OREDIS, lo cual supone asignaciones presupuestarias que no dependen exclusivamente de la demandada.

Frente a esta decisión, el señor Tinoco presentó un recurso de agravio constitucional ante el TC, el cual fue resuelto el 18 de mayo de 2015 mediante la sentencia bajo comentario.

## 2.2.2. Desarrollo de la sentencia y resolución

### *Aspectos preliminares*

De manera preliminar, el TC analizó la delimitación del petitorio y la procedencia de la demanda de cumplimiento. Respecto del primer punto, el tribunal tomó nota de que la ley 27050 fue derogada el 24 de diciembre de 2012 mediante la ley 299973. Dicha norma estableció la nueva LGPD, la cual reprodujo en términos muy similares los artículos 10 y 33 de la anterior. En consecuencia, el TC consideró que no se ha producido una sustracción de la materia, puesto que el objeto del proceso se mantiene con la nueva LGPD<sup>14</sup>.

---

planificar, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en materia de discapacidad; b) dictar normas y lineamientos técnicos para la adecuada ejecución y supervisión de las políticas nacionales y sectoriales en materia de discapacidad; y c) promover y proponer que, en la formulación, el planeamiento y la ejecución de las políticas y los programas de todos los sectores y niveles de gobierno, se tomen en cuenta, de manera expresa, las necesidades e intereses de la persona con discapacidad.

<sup>14</sup> «Artículo 49. Cuota de empleo. Las entidades públicas están obligadas a contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de su personal, y los empleadores privados con más de cincuenta trabajadores en una proporción no inferior al 3%».

«Artículo 69. Oficina Regional de Atención a las Personas con Discapacidad (OREDIS). 69.1. Los gobiernos regionales y la Municipalidad Metropolitana de Lima contemplan en su estructura orgánica una Oficina Regional de Atención a las Personas con Discapacidad (OREDIS) y contemplan en su presupuesto anual los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento y la implementación de políticas y programas sobre cuestiones relativas a la discapacidad».

En relación con la procedencia de la demanda de cumplimiento, el TC consideró que la solicitud de creación de la OREDIS cumple con el requisito establecido en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional<sup>15</sup>; ello en tanto el señor Tinoco envió dos oficios al presidente del gobierno regional de Junín solicitando el cumplimiento de dicho punto conforme a la LGPC. No obstante, el tribunal indicó que la solicitud referida a la contratación de personas con discapacidad no resulta procedente en tanto en los oficios del señor Tinoco no se hizo referencia a este aspecto.

*Obligaciones internacionales del Estado peruano con las personas con discapacidad*

El TC indicó que el Estado peruano asumió una serie de obligaciones internacionales en materia de derechos de las personas con discapacidad al ratificar la CIEDIS y el CDPD. En particular, el tribunal resaltó que Perú tiene el deber de adoptar medidas legislativas que permitan promover la inclusión de personas con discapacidad, «adoptando las medidas positivas» necesarias para garantizar su efectiva igualdad (TC, 2015, párr. 9).

El TC explicó que la CDPD establece que los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para asegurar la realización de «ajustes razonables». El artículo 2 de dicho tratado define dicho término de la siguiente manera: «Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad

---

<sup>15</sup> «Artículo 69. Requisito especial de la demanda. Para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir».

de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (artículo 2 de la CDPD).

El TC explicó que, para asegurar condiciones de respeto del principio de igualdad, pueden resultar exigibles determinadas medidas que compensen la situación de desventaja que enfrentan las personas con discapacidad, ya que las personas con discapacidad han sido históricamente marginadas y excluidas. En consecuencia, resaltó que no se trata de favorecer a las personas con discapacidad, sino asegurar que su condición no constituya «un obstáculo para su realización personal y profesional en condiciones de igualdad con el resto de la sociedad» (TC, 2015, párr. 13). A efectos de cumplir con los ajustes razonables, el TC sostuvo que la existencia de un costo económico no es impedimento para evitar su implementación.

Adicionalmente, el tribunal indicó que el principio de igualdad no solo incluye la adopción de ajustes razonables, sino que exige que «las instalaciones y servicios públicos sean concebidos con un diseño universal» (2015, párr. 18). El TC explicó que la inclusión de las personas con discapacidad exige favorecer «el desarrollo de entornos que les permitan orientarse por sí mismas» (2015, párr. 20), en tanto permite el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

### *Obligación legal de crear la OREDIS*

El TC sostuvo que el cumplimiento de un mandato legal puede conllevar el seguimiento de procedimientos complejos para su materialización. Sin perjuicio de ello, el tribunal sostuvo que todo «deber legal [...] supone la presencia de recursos económicos, humanos y materiales» (2015, párr. 24). En consecuencia, resaltó que el factor presupuestario no puede calificar como una condicionalidad para incumplir con la implementación de una ley.

En relación con la obligación de crear la OREDIS conforme a la nueva LGPD, el tribunal indicó que este deber no se encuentra condicionado al cumplimiento de alguna circunstancia o requisito establecido

en la ley, por lo que es un «mandato perentorio e inexorable» (2015, párr. 27). El TC sostuvo que desde que dictó la disposición de crear las OREDIS en Junín, han transcurrido más de diez años sin que esta haya sido implementada.

Asimismo, el TC consideró que, a pesar de que la creación de la OREDIS pueda ser compleja e implique la dotación de diversos recursos, ni «siquiera se vislumbra alguna acción orientada a dicha creación». Agregó que, más que la dificultad para crearla, «no existe voluntad política en el gobierno regional de Junín para cumplir con lo que la ley establece claramente» (2015, párr. 36).

Por los argumentos indicados, el TC declaró fundada la demanda de cumplimiento y ordenó al gobierno regional de Junín que cumpla con crear la OREDIS dentro de su estructura orgánica, conforme lo dispone el artículo 69.1 de la nueva LGPD.

### 3. IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA

En primer lugar, el TC inició su análisis resaltando que el Estado peruano tiene obligaciones internacionales en materia de protección de las personas con discapacidad, conforme a la CIADDIS y la CDPD. Como se ha indicado, ambos instrumentos tienen disposiciones a favor de la igualdad de las personas con discapacidad. Sin perjuicio de lo señalado, cabe añadir que dichos tratados no son las únicas fuentes de obligaciones internacionales para el Perú en esta materia.

Además de las normas jurídicas internacionales que se establecen en tratados y que obligan a los Estados partes de los mismos, existen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos que obligan a todos los Estados del mundo y que han sido establecidas por normas jurídicas internacionales consuetudinarias o de *jus cogens*. Por otro lado, en el ámbito del sistema universal de derechos humanos, se encuentra doctrina emitida por la Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, creada el año 2004, la cual se reporta al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos, la Corte IDH se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la OC-10/89 y fundamenta la competencia de la CIDH respecto de los países que no son partes en la Convención Americana precitada. Respecto a discapacidad, tanto la CIDH como la Corte IDH han destacado que, desde los inicios y evolución del sistema interamericano, se han reivindicado los derechos de las personas con discapacidades (ver CIDH, 2014, párr. 157; Corte IDH, 2012b, párr. 128), en tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a pesar de no tener una referencia específica a las personas con discapacidad, incluye el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación<sup>16</sup>.

Por un lado, la CIDH ha indicado que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, como las personas con discapacidad, es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos (2014, párr. 158).

Por su parte, la Corte IDH ha indicado que «no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad» (Corte IDH, 2012b, párr. 134).

De esta forma, en cumplimiento de los deberes de protección especiales del Estado respecto de toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal

---

<sup>16</sup> La misma argumentación es aplicable al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos adoptados en el marco de las Naciones Unidas.

o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad (ver Corte IDH, 2006, párr. 103; y 2012a, párr. 292). En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, a efecto de garantizar que las limitaciones normativas o de facto sean desmanteladas (Corte IDH, 2016, párr. 208). Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras (ONU, 1994, párr. 13).

En segundo lugar, el TC indicó que, conforme a sus obligaciones internacionales, los Estados deben adoptar ajustes razonables a efectos de asegurar una igualdad material de las personas con discapacidad con las demás personas. Para ello, citó el artículo 2 de la CDPD, el cual incluye la definición de ajustes razonables.

Considero que hubiera sido deseable que el TC se explye con mayor detenimiento en la distinción entre ajustes razonables y su relación con el principio de accesibilidad.

De acuerdo al artículo 9 de la CDPD, el principio de accesibilidad implica lo siguiente:

[...] los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

El Comité CDPD ha sostenido que, antes de que los Estados adopten ajustes razonables, es necesario que cumplan con el principio de accesibilidad, en tanto esta es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones (Bariffi & Palacios, 2007, p. 103). Sin acceso al entorno físico, el transporte,

la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, las personas con discapacidad no tendrían iguales oportunidades de participar en sus respectivas sociedades (Comité CDPD, 2014, párr. 25).

De esta forma, el principio de accesibilidad constituye «una obligación *ex ante*». Por ello, los Estados partes deben establecer normas de accesibilidad que sean amplias y uniformes, las cuales deben adoptarse en consulta con las organizaciones de personas con discapacidad.

Ahora bien, mientras la accesibilidad se relaciona con medidas para grupos de personas que se aplican gradualmente, los ajustes razonables se refieren a casos individuales. El Comité CDPD ha sostenido que la obligación de realizar ajustes razonables es una «obligación *ex nunc*». Ello significa que son exigibles desde el momento en que una persona con una deficiencia los necesita en una determinada situación —por ejemplo, el lugar de trabajo o la escuela—, para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones en un contexto particular (Comité CDPD, 2014, párr. 26).

Así, los ajustes razonables pueden utilizarse como medio para garantizar la accesibilidad a una persona con una discapacidad en una situación particular; es decir, los ajustes razonables son complementarios a la obligación relativa a la accesibilidad (Comité CDPD, 2014, párr. 28). Por ello, una persona está legitimada para solicitar medidas de ajuste razonables, incluso si el Estado ha cumplido su obligación de garantizar la accesibilidad. Tal como ha indicado la relatora especial de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, la denegación de ajustes razonables para las personas con discapacidad constituye un acto discriminatorio<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Declaración de Catalina Devandas-Aguilar, relatora especial sobre los derechos de personas con discapacidad, en el período 71 de sesiones de la Asamblea General de la ONU, el 26 de octubre de 2016.

En su sentencia, el TC también utilizó la frase «medidas afirmativas» sin que indique claramente la distinción con los ajustes razonables o el principio de accesibilidad. Al respecto, dicha frase no se encuentra recogida por la CDPD ni tampoco ha sido utilizada por el Comité CDPD en sus documentos oficiales. La expresidenta de la Corte IDH, Cecilia Medina, ha indicado que las medidas afirmativas son las acciones que buscan «acelerar la igualdad de facto de todos los grupos que están en una situación de desventaja» (2011, p. 22). En ese sentido, las medidas afirmativas, a diferencia de los ajustes razonables, tienen un carácter colectivo y no se enfocan en un caso en particular.

En tercer lugar, el TC indicó que la falta de presupuesto no puede constituir una justificación válida para incumplir con un mandato legal. En este caso, la LGPD establecía que los gobiernos regionales crearan una OREDIS.

La posición del tribunal resulta sumamente positiva en tanto, a nivel nacional e internacional, diversas entidades estatales han justificado sus omisiones para implementar normas en la falta de presupuesto. En el sistema interamericano, tanto la CIDH como la Corte IDH han remarcado que los Estados no pueden utilizar como argumento la falta de recursos económicos para incumplir con sus obligaciones internacionales.

Finalmente, cabe resaltar que, con posterioridad a la sentencia del TC de mayo de 2015, aún no se ha creado la OREDIS en el departamento de Junín. Sin perjuicio de ello, en la mayoría de regiones del Estado peruano, estas ya se encuentran en funcionamiento, aunque se ha demandado la asignación de mayores recursos<sup>18</sup>. Asimismo, el 7 de diciembre de 2017, se publicó la ley de presupuesto del sector público

---

<sup>18</sup> Por ejemplo, la OREDIS de Huancavelica ha sostenido que uno de los principales desafíos es que el presupuesto aprobado es «mínimo para cumplir con actividades a nivel regional» (ver: <http://www.regionhuancavelica.gob.pe/yportal/index.php/proyectos-y-actividades/oredis>).

para el año fiscal 2018, la cual destinó financiamiento a los gobiernos regionales para que le den operatividad a las mismas<sup>19</sup>.

#### **4. CONCLUSIONES**

La sentencia emitida por el TC representa un precedente sumamente importante en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. En primer lugar, el tribunal resaltó las principales obligaciones internacionales del Estado peruano en esta materia. La referencia a la CDPD y a sus principios generales constituye un punto de partida a efectos de que las entidades públicas empiecen a implementar las disposiciones que recoge dicho instrumento.

En segundo lugar, resulta muy positivo que el TC se haya referido al principio de igualdad de las personas con discapacidad y, en particular, a la adopción de ajustes razonables. En un país donde la desigualdad y discriminación resulta una constante, las personas con discapacidad se encuentran dentro de los grupos más excluidos e invisibilizados. Es por ello que, al haber recogido la noción de ajustes razonables, el tribunal recordó al Estado peruano su deber de garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos sus derechos.

Finalmente, considero que esta sentencia significa un punto de partida en la implementación de las obligaciones internacionales del Estado sobre los derechos de las personas con discapacidad. A pesar de que muchas de estas obligaciones ya han sido recogidas por la nueva LGPD, las entidades públicas continúan relegando su cumplimiento. En ese sentido, esta sentencia es un llamado para que dicha indiferencia no continúe y que, por el contrario, se adopten de inmediato las medidas necesarias para asegurar la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad.

---

<sup>19</sup> Ver la nota informativa del CONADIS «Destinan presupuesto a las OREDIS y OMAPED para el año fiscal 2018», disponible en: <https://www.conadisperu.gob.pe/notas-informativas/destinan-presupuesto-a-las-oredis-y-omaped-para-el-ano-fiscal-2018>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACNUDH - Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2007). *De la exclusión a la igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Manual para Parlamentarios sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Ginebra: Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/DH20081.pdf>.
- Bariffi, Francisco & Agustina Palacios (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Castillo, Guido (ed.) (2015). Merece atención [editorial]. *Sin Barreras*, 1(1), 3. Recuperado de: [https://issuu.com/maxeduard/docs/revista\\_sin\\_barreras](https://issuu.com/maxeduard/docs/revista_sin_barreras).
- CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Informe No. 7/14. Caso 12.739. Fondo. María Inés Chinchilla Sandoval y otros. Guatemala, 2 de abril*. Recuperado de <https://summa.cejil.org/es/document/b85svomw362d4n214mozntgldi?page=1>.
- Comité DPD - Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2012). Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Perú. 16 de mayo. Recuperado de <https://www.refworld.org.es/publisher,-CRPD,,5059c9a22,0.html>.
- Comité DPD - Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). Observación general N.º 2 sobre accesibilidad. 22 de mayo. Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina-micrositios/documentos/2018-08/observacion-general-n2-2014.docx>.
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia del 4 de julio. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012a). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 noviembre. Recuperado de <https://uprdoc.ohchr.org/uprweb/downloadfile.aspx?filename=737&file=Annexe1>.

- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012b). Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia del 31 de agosto. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. Sentencia del 29 de febrero. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_312\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf).
- Lord, Janet & Michael Ashley Stein (2008). The domestic incorporation of human rights law and the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities. *Washington Law Review*, 83, 449-479.
- Medina, Cecilia (2011). Igualdad y no discriminación, estándares internacionales y medidas de acción afirmativa. En Lorena Fries (dir.), *Seminario Igualdad sin Discriminación. Memoria* (pp. 16-22). Santiago de Chile: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- ONU - Organización de las Naciones Unidas - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1994). Observación general N.º 5. Recuperado de <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-5-personas-con-discapacidad>.
- Palacios, Agustina (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Salmón, Elizabeth & Renata Bregaglio (eds.) (2017). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Lima: Idehpucp.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2015). Expediente 04104-2013-PC/TC-JUNÍN, Diomedes Nieto Tinoco, sentencia del 18 de mayo. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/04104-2013-AC.pdf>.

Fondo Editorial PUCP

**CASO ROMERO SALDARRIAGA**  
**«SOY TRANS Y PIDO LO QUE QUIERO»**  
**VS. «DERECHO A LA IDENTIDAD Y GÉNERO»<sup>1</sup>**

Piero Vásquez

**FICHA DEL CASO**

2006	2012	2014	2015	2016
20 de abril	15 de junio	18 de marzo	7 de agosto	21 de octubre
El TC emite sentencia sobre el caso Karen Mañuca y declara fundado el hábeas corpus.	Romero Saldarriaga interpone demanda de amparo contra Reniec y MP por no permitir cambio de nombre.	El TC emite sentencia sobre el caso PEMM y declara infundado el amparo al no considerar la afectación del derecho a la identidad.	Romero Saldarriaga interpone recurso de agravio constitucional contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto.	El TC emite sentencia sobre el caso Romero Saldarriaga y declara fundado el amparo, además modifica lo establecido en el caso PEMM.

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, el autor recibió los aportes de Mario Cépeda, además de los comentarios del equipo de investigadores.

## RESUMEN

En su inicio, este artículo muestra datos respecto de la desprotección política y legal que sufren las personas trans en el Perú. Posteriormente, se evidencia como fueron los órganos de resolución de conflictos, administrativos y judiciales los que han logrado confirmar que la identidad de género es un motivo prohibido de discriminación y que el sexo es una categoría mutable, cuyo cambio puede ser solicitado a través de un proceso judicial ordinario, a propósito de la sentencia 06040-2015-PA/TC del TC bajo comentario. El artículo concluye indicando que el reconocimiento del derecho a la identidad de género requiere ser llenado aún de contenido y que el derecho internacional de los derechos humanos es una clave para su delineamiento.

### 1. INTRODUCCIÓN

El año 2014, el entonces presidente del TC publicó un artículo titulado «Soy trans y pido lo que quiero» (Álvarez Miranda, 2014), en el que daba cuenta de la sentencia 00139-2013-PA/TC del pleno del TC. En dicho proceso de amparo, una mujer transgénero buscó el cambio de sexo «de masculino a femenino» [sic] en su DNI y su partida de nacimiento e invocaba su derecho fundamental a la identidad. En su opinión, el exmagistrado se refirió al caso de un hombre que se sometió a más de noventa cirugías para parecerse «al Ken de la Barbie», indicando que, así como aquella persona nunca iba a ser Ken, la demandante en el proceso de amparo, por más operaciones a las que se sometiera, nunca iba a ser mujer. Como se puede intuir, el TC no declaró la vulneración del derecho a la identidad, aunque sí declaró su sentencia como jurisprudencia constitucional vinculante.

En el año 2016, el TC —en una nueva conformación de jueces— dejó sin efecto «la incorrecta doctrina jurisprudencial» sentada por el caso anterior y determinó que el derecho a la identidad incluye el derecho a la identidad de género. En este caso, si bien el tribunal no ordenó

el cambio de sexo en el DNI, sí indicó que, debido al precedente vigente, la demandante se había visto desprovista de accionar la vía civil ordinaria para presentar su demanda y cuestionar la imposibilidad de cambiar administrativamente la identificación de su sexo en el DNI. Esta nueva sentencia fue comentada también por un nuevo presidente del TC, el que publicó un artículo titulado «Derecho a la identidad de género» (Espinosa-Saldaña, 2016), en el que afirmó que negar el derecho a la identidad de género sería negar el «derecho al reconocimiento y al respeto de la dignidad, al proyecto de vida de cada persona».

Esas son dos miradas diferentes de un mismo derecho que creo que resumen las dos posturas que existen alrededor del reconocimiento (o cuestionamiento) de los alcances y contenido del derecho humano a la identidad de género. Hoy en día, en el Perú, se discute ferozmente sobre siquiera la existencia del término «género» y un movimiento de la sociedad civil («Con mis hijos no te metas») milita rigurosamente bajo la consigna de que esta creación es el resultado de una supuesta movida global por la normalización de las personas lesbianas, gays, transgénero, bisexuales, intersexuales y queer (LGTBIQ); que no se trata de una reivindicación de derechos civiles, sino de una imposición política con intereses subalternos de implicancias destructivas para la sociedad y la familia peruanas, por suavizar un poco el lenguaje utilizado. En estos reclamos, no es poco común las alusiones a un tipo de moral cristiana basadas en pasajes de la Biblia que buscan desnaturalizar la creación perfecta: los hombres y las mujeres son diferentes y subvertir la naturaleza es destructivo, es inmoral y es pecado.

En contraposición, podemos encontrar teóricos, como Judith Butler, para quienes el género se trata del concepto resultante de un efecto cultural infundido que no se relaciona con la anatomía; sino que es cultivado, supervisado y obligado a seguir y, ante su desobediencia, castigado, por una estructura social y legal que responde a características patriarcales y heteronormativas disfrazadas de racionalidad universal (biológica); pero que, a su entender, es reconfigurable y redistribuible (1990, pp. 9, 144).

Estas posturas parecen ser, en principio, irreconciliables. De hecho, reflejan la vieja tensión de la imposición de normas morales a través del derecho; en este caso, la división inmutable del sexo de hombres y mujeres. Al respecto, Malem señala que, de hecho, el derecho puede servir para matizar estos desencuentros, si es que este se basa «en creencias racionales respecto de cuestiones de hecho y debería reconocer que los seres humanos son acreedores a igual consideración y respeto. Es decir, debe aceptar e imponer la moral esclarecida» (1998, p. 51).

Pese a lo anterior, a continuación presentaremos un comentario que se basa en la enumeración de un repertorio de situaciones en las cuales existe una moral no esclarecida que busca imponerse, a través de la desprotección y el abandono, respecto de una población que busca ejercer su ciudadanía en libertad.

## **2. DESARROLLO DEL CASO**

### **2.1. Contexto sociopolítico**

Ahora nos referiremos a la situación social y el debate en progreso que gira en torno a la identidad de género y la población LGTBIQ en el Perú. La intención es esbozar, aunque sea superficialmente, la situación de grave desprotección en la que se encuentra dicha población. A partir de ello, revisaremos las situaciones empíricas que afrontan las personas trans y que reclamaron respuestas jurídicas en un contexto de desamparo legal pleno.

#### **2.1.1. La vieja desprotección de las personas LGTBIQ en el Perú**

Para comenzar a tratar, de modo general, la situación de la población LGTBIQ en el Perú, es necesario hablar de «un estado de violencia», tal como lo ha señalado el colectivo «No tengo miedo» (2014). Su investigación buscó conocer cómo las personas LGTBIQ viven su ciudadanía en Lima. En sus hallazgos, encontraron que el 89% de los casos de estudio eran relatos de situaciones de violencia, frente a un 11% de historias

de éxito, felicidad y aceptación. De los casos de violencia reportados, identificaron que el 47,3% se trataba de lo que ellos llamaron «violencia institucional/estructural» y 33% de «violencia familiar». Respecto del dispositivo de violencia para el caso específico de las mujeres trans, su estudio arrojó que el 53% de los dispositivos de violencia usados en su contra se tratan (de modo exclusivo o concurrente) de la negación de su identidad de género; 37%, de acoso callejero; 27%, de agresión física; 23%, de *bullying*; y 23%, de amenaza de violación sexual (Colectivo NTM, 2014, p. 77). Si bien esta información es valiosa, lamentablemente, tal como reconoce la Defensoría del Pueblo en el Perú, no existen datos oficiales sobre la situación de la población LGTBIQ (2016, p. 17).

Aunque este estudio, por sus características, no está desarrollado sobre la base de una muestra representativa, es posible —cuando menos— plantear la pregunta de si es que el ejercicio de la violencia en torno a la negación de su identidad de género se relaciona con la desregulación de la protección de la misma como un derecho fundamental.

El desprecio por lo andrógino aparece en el Perú con la conquista española: «[...] en las primeras crónicas de la conquista del Tahuantinsuyu encontramos referencias del malentendido y la mala interpretación cultural de figuras enigmáticas [andinas] del tercer género, comúnmente referidas por los españoles como sodomitas, y el llamado para su exterminación» (Horswell, 2013, p. 16); lo que es consecuente con la prohibición del travestismo mediante ordenanzas virreinales desde 1561, entre otros instrumentos posteriores (Campuzano, 2007, p. 37), o lo expresado en la causa 1192 de la Real Audiencia de Lima en 1803, que condenaba a Francisco Pro, «de notoriedad pública de Maricón», a la «berguensa publica por las calles acostumbradas, con la misma ropa con que fue aprehendido, cortándole antes el pelo apunta de tijera» (Campuzano, 2007, p. 39).

Este desprecio, pareciera que fue arrastrado en el tiempo y se mantiene vigente incluso en un estado constitucional de derecho, así como

en la regulación de la protección de las personas LGTBIQ. En el marco programático, el Acuerdo Nacional y el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 (DS 005-2014-JUS, del 4 de julio de 2014) no contienen ninguna política programática ni una mención, aunque fuera tangencial, para dicha población.

En el marco normativo vigente, aunque no existe una referencia constitucional directa, como veremos más adelante, la prohibición general de la discriminación incluye, hoy en día, los criterios de identidad de género como lo ha entendido el TC. Entonces, el artículo 2.2 de la Constitución de 1993 señala que «nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole»; incluye la proscripción de la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

A partir de la proscripción general de la discriminación, la Defensoría del Pueblo ha identificado que esta protección se ha manifestado en los ámbitos del consumo, a través de resoluciones del Instituto de Defensa del Consumidor, la Competencia y Propiedad Intelectual (Indecopi), que por su relevancia analizaremos más adelante; en el educativo, para el cual no se citan ejemplos concretos, pero creo que es válido referirnos aún al currículo nacional de educación básica que incorporaba el enfoque de género —aunque se retiró la referencia a la identidad de género—; y, en el laboral, respecto de la prohibición de ofertas de empleo discriminatorias (artículo 1 de la ley 26772; artículo 31 del reglamento de la ley general de inspección del trabajo) y la proscripción de la discriminación en el empleo propiamente dicho —por ejemplo, a través de la sanción de nulidad del despido discriminatorio (artículo 29 de la ley de formación y promoción laboral)—. Cabe indicar que en ninguno de estos ámbitos nos encontramos frente a protección explícita de la identidad de género; es más bien aplicación extensiva de la proscripción general de la discriminación.

En el ámbito penal, la situación se agudiza aún más. En cuanto a las condiciones generales de aplicación de las penas, en enero de 2017,

el Poder Ejecutivo trató de disponer, a través del decreto legislativo 1323, como agravante a la comisión de delitos «bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, *orientación sexual, identidad de género*, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole» (cursivas nuestras). El Congreso de la República entendió que el Ejecutivo se había excedido en la delegación de funciones otorgada al incorporar los conceptos de «orientación sexual» e «identidad de género»; por lo que, en mayo de 2017, derogó de modo explícito esas referencias, pero dejó las demás.

Ahora bien, de modo especial, el delito de discriminación, regulado en el artículo 323 del Código Penal, no contiene una referencia explícita a la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Nuevamente, este delito fue modificado por el desaparecido decreto legislativo 1323 para incluir en su contenido la discriminación por «orientación sexual» e «identidad de género», pero ya explicamos qué le ocurrió. ¿Es necesario que dichas categorías se sancionen explícitamente? La Defensoría del Pueblo ha señalado que los tribunales nacionales deberían interpretar que, en línea con el derecho internacional de los derechos humanos —que reconoce que, dentro de la categoría de «sexo», se encuentran protegidas también la orientación sexual y la identidad de género—, el delito comprende de forma no explícita la protección LGBTIQ. Sin embargo, esto parece una ingenuidad y una confrontación constitucional del principio de tipicidad recogido en el artículo 2.24.d de la Constitución de 1993: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley»; es decir, en la actualidad no existe ninguna disposición penal para la protección de personas LGTBIQ.

En el ámbito del derecho civil, la principal preocupación de las poblaciones transgénero es la identidad. De acuerdo con el diagnóstico

del Reniec, incluido en el Plan de Nacional contra la Indocumentación 2011-2015, se citan estudios que indican que el 40% de las personas trans en el Perú está indocumentada. En dicho diagnóstico, el Reniec reconoce que las personas en transición, que desean actualizar la foto de su DNI, encuentran barreras, no se les permite firmar con su nombre social, por lo que muchas personas optan, simplemente, por no tramitar dicho documento. En el caso de los que optan por la regularización, se enfrentan a un sistema no preparado para su realidad y afrontan procesos engorrosos y onerosos de cambio de nombre y de sexo, tal como ocurre con la demandante del caso que analizamos. Pese a esta reconocida realidad, en el Perú aún no existe una ley de identidad de género.

Para concluir esta sección —a nivel de reglamentos, manuales y directivas—, Promsex y la Red Peruana TLGB dan cuenta, en el «Informe Anual sobre Derechos Humanos de Personas Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales en el Perú 2015-2016», de la aparición del «Manual para comunicadores» y el «Manual para la policía nacional», publicados por la Comisión Nacional contra la Discriminación, que contienen definiciones de discriminación que incorporan conceptos de identidad de género y orientación sexual. Asimismo, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), a través de resolución directoral 017-2016-MIMP/PNCVFS-DE, adoptó los «lineamientos técnicos para la atención de personas LGTBI en los servicios del programa nacional contra la violencia familiar y sexual» (Red Peruana TLGB y Promsex, 2016, pp. 42-44).

### 2.1.2. La tímida aparición de jurisprudencia trans en el Perú

Ante esta desregulación legal descrita, los órganos encargados de solucionar controversias —a nivel judicial y administrativo— no pueden abdicar a sus competencias y han tenido que enfrentar realidades con las herramientas jurídicas disponibles, por lo que haremos algunas menciones respecto de estos cursos jurídicos desde el Poder Judicial e Indecopi.

En el Perú, existen casos exitosos de cambio de sexo en el DNI que se han logrado a través de acciones judiciales ante el Poder Judicial, lo que resulta positivo por los efectos en las vidas de las personas trans que emprendieron dichas acciones. Ahora bien, en tanto no existen normas que regulen el derecho a la identidad, no queda claro cuál es el bien jurídico protegido cuando se niega u otorga el cambio de sexo a nivel judicial, ni cuál es el recurso judicial adecuado que las personas trans pueden accionar para lograr la confirmación de su sexo en el DNI (Ramírez & Tassara, 2015, p. 307).

Entonces, por ejemplo, en el expediente 803-2005, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó una decisión de primera instancia en la que se declaró improcedente una demanda de cambio de sexo. En dicha primera instancia, se decidió que la demandante había accedido a la cirugía de afirmación de identidad sexual<sup>2</sup> en Italia; sin embargo, en el razonamiento del juez, dicho procedimiento quirúrgico se encontraría prohibido por el Código Civil peruano, en tanto que su artículo 6 prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo «cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o de alguna manera sean contrarios al orden público o buenas costumbres siendo permitido solamente por excepción cuando la disposición corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios» (2006, f.j. 12).

Asimismo, de acuerdo con el juez, la identidad es un «valor» y no un derecho, que serviría para individualizar a la persona de un grupo social, «el cual obedece a su sexo natural y no al sexo modificado, ya que ello [la plástica vaginal] de ninguna forma puede igualar al orden natural de las cosas, por lo que no puede disponer el cambio de nombre y de identidad de masculino a femenino», hacerlo constituiría un «fraude a la ley» y declaró improcedente la demanda. En segunda instancia,

---

<sup>2</sup> Antes conocidas como «cirugías de cambio de sexo».

la sala corrige la sentencia y declara fundada la demanda; pero no por el derecho a la identidad de género, sino por el derecho a la salud, ya que se da por acreditada la disforia de género, cuyo tratamiento sería, desde la mirada patologizante del transgenerismo, la cirugía de «cambio de sexo», para asegurar el bienestar psicofísico:

[...] en este caso concreto, resulta relevante el proceso psicológico de la identidad sexual, habida cuenta que aquí, se produce una falta de identificación con su sexo cromosómico, el gonadal, hormonal, genital y anatómicos, desarrollando sentimientos íntimos de pertenencia al otro sexo, produciéndose un quiebre de su identidad sexual que se expresa en forma de disociación entre los factores biológicos o genéticos de su sexo y la realidad sexual pisco-social que vive y siente un sujeto, presentando la patología de lo incierto, del sexualmente inclasificable y ello lo descoloca anímicamente en la identidad que revela, lo que compromete hondamente su manera de ser, y es lo que también lo sume en un intolerable drama existencial. Es por ello que, el bienestar psico-físico de éste se vería turbado, si no se le reconoce su real identidad sexual (Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2006, f.j. 5).

Entonces, más allá de las complejidades de la estrategia jurídica para lograr el acceso a la justicia y plantear un proceso judicial de cambio de sexo, el fundamento de la parte demandante no es la realización del derecho a la identidad de género, sino que se plantea su subordinación al derecho a la salud, en la mirada de la Corte Superior. Tal como ha identificado Beatriz Ramírez, muchas veces la estrategia procesal es demostrar ante el juez que las personas trans son enfermas, para obtener sentencias favorables de cambio de sexo y poder ejercer su derecho a la identidad de género (2012, p. 36).

Por otro lado, vamos a presentar los casos emblemáticos que ha conocido el Tribunal de Defensa de la Competencia de Indecopi, cuya evolución en la protección de la discriminación contra las personas trans ha sido notable. En el año 2010, una mujer transgénero, identi-

ficada al nacer como Juan Carlos, interpuso una denuncia en Indecopi dado que consideraba discriminatorio que se le llamara así cuando perifoneaban su nombre en su gimnasio, ya que su identidad de género correspondía a una mujer. En esta línea, la denunciante requería al establecimiento que se le identifique por su nuevo nombre, Scarlet, aunque este no estuviera en su DNI. En primera instancia, se dio la razón a la denunciante dado que la conducta del gimnasio sería «discriminatoria reñida con el respeto a la dignidad y el derecho a la identidad sexual del denunciante». Sin embargo, en el año 2012, en instancia definitiva, el Tribunal de Defensa de la Competencia revoca la primera decisión, en tanto que Scarlet no había demostrado el trato diferenciado respecto de otros clientes, en el entendido de que, de acuerdo con la ley de protección al consumidor, en su artículo 7B, estipula que la carga de la prueba del trato diferenciado recae sobre el denunciante y no el denunciado, por lo que el hecho discriminatorio no se consideró probado.

Posteriormente, en 2013, Melisa, identificada al nacer como Edwin, inició otro proceso ante Indecopi por discriminación, dado que la dueña del «Restaurante Turístico Las Terrazas» se negó a prestarle el servicio, ya que ella usaba el baño de mujeres cuando estaba en su establecimiento y esto incomodaba a la clientela. El razonamiento del tribunal en este caso fue bastante cerrado: en el DNI de Melisa, su nombre era Edwin y su sexo era masculino y la norma que regula los baños en establecimientos establece la obligación de estos a tener baños segregados por sexo, pero no por «identidad sexual». Refiriéndose a ella en todo momento como «el señor Zapata», Indecopi declaró infundada la denuncia (resolución 2640-2013/SPC-Indecopi).

Sin embargo, pese a los precedentes anteriores, el tribunal de Indecopi, en el año 2014, impuso una sanción ejemplar a la discoteca «Gótica» al reconocer que Godfrey Arbulú, mujer transgénero, fue impedida de ingresar a su establecimiento por su identidad de género. En su análisis, el tribunal encuentra que, dentro de la prohibición constitucional de la discriminación, pese a no estar enunciada, se encuentra

la categoría de identidad de género y concluyó, sin medias tintas, lo siguiente:

31. Así, el reconocimiento a la identidad de género, parte del reconocimiento a la identidad personal en su dimensión dinámica, siendo que, en el caso de las personas transgéneros, la identidad personal dinámica prima sobre la estática, ya que si bien tienen características biológicas del sexo masculino, se perciben, se siente y se desenvuelven en la sociedad como personas del sexo femenino y viceversa (resolución 1197-2014/SPC-Indecopi)<sup>3</sup>.

En los casos de Melisa y Scarlet, el análisis de Indecopi es bastante cerrado y procedimentalista; además, pese a que entiende que está frente a personas trans, no ingresa al análisis de las afectaciones del derecho a la identidad de género y, tanto peor, se rehúsa a llamarlas por su nombre y niega nuevamente el reconocimiento de su identidad. En el caso de Godfrey, el avance fue enorme, tanto para la protección del consumidor como para el derecho peruano, a través del reconocimiento de la existencia del derecho a la identidad de género y aplicación de una ejemplar sanción administrativa.

Estos antecedentes mediatos de la sentencia, que comentaremos a continuación, demuestran que esta no aparece en un contexto aislado, sino más bien en el marco de una fuerte discusión —a nivel administrativo y constitucional— por cubrir de forma jurídica, con retrocesos y explicaciones a veces erráticas y victimizantes, una realidad que históricamente la legislación no ha querido enfrentar.

## 2.2. Descripción del caso

A continuación, presentaremos el caso de Ana Romero ante el TC. Para ello, nos referiremos brevemente a los antecedentes directos del caso a través de dos precedentes importantes que en su conjunto conforman

---

<sup>3</sup> Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/165724/Re1197.pdf/5bfec7ab-6fb8-473d-b4a6-259fe3324003>.

la ruta jurisprudencial constitucional hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género en el Perú.

### 2.2.1. Los hechos del caso

#### *Antecedentes directos del caso: Karen Mañuca y P.E.M.M.*

En el año 2006, el TC resolvió (expediente 2273-2005-PHC/TC) en última instancia el hábeas corpus interpuesto por la mujer trans Karen Mañuca Quiroz, dado que el Reniec habría tardado cuatro años en dicho trámite. Este contestó la demanda y señaló que Karen tenía una «trayectoria pretensora de doble identidad sexual» y que habría tramitado dos DNI: uno con nombre y sexo de hombre y otro con nombre y sexo de mujer. El TC declara fundada la demanda y ordena al Reniec emitir el duplicado del DNI con su nombre de mujer (dado que este ya había sido cambiado en proceso judicial ordinario); pero mantiene como sexo el masculino. Esta sentencia es un antecedente relevante, en tanto que el TC define el concepto «sexo» del siguiente modo:

15. Es la identificación que se asigna al recién nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino. El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. *Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse* (TC, 2006, cursivas nuestras).

Asimismo, el TC entiende que la identidad se conforma no solo de elementos objetivos, sino también subjetivos. Su definición del derecho a la identidad es la siguiente:

21. [...] derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros,

herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.) (TC, 2006).

El tribunal no profundiza su razonamiento respecto del derecho a la identidad y solo se limita a indicar que la demora en la entrega del DNI vulneró ese derecho de la demandante, al margen de que su propia conducta registral errática ante Reniec fue la que produjo la complejidad de su propia situación.

En el año 2014, se resuelve el caso de P.E.M.M. Se trata de un caso paradigmático en la jurisprudencia del TC por su fuerte impacto en el derecho peruano, tanto desde la perspectiva del derecho la identidad de género, como desde las afectaciones que produjo respecto del derecho de acceso a la justicia. En esta sentencia, la demandante buscó, a través de un proceso de amparo, su cambio de sexo en el DNI y la partida de nacimiento, invocando su derecho a la identidad de género. El TC, en su sentencia 00139-2013-PA/TC, declaró infundada la demanda en virtud de que entendió que el sexo es un dato no variable, de hecho lo llama «una realidad biológica indisponible» (f.j. 6). Entonces, partiendo del precedente de Karen Mañuca, el TC sentenció que «para el Derecho, el sexo viene a ser el *sexo biológico, el sexo cromosómico o genético*. [...] La diferencia entre los sexos responde pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en “la naturaleza de las cosas” (artículo 103 de la Constitución)» (f.j. 5)<sup>4</sup>.

Asimismo, se observa que existe un hipercentralización de los jueces del TC respecto de la genitalidad para la determinación del sexo de las

---

<sup>4</sup> Cabe indicar que no nos queda claro la referencia al artículo 103, dado que este señala que «pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la *naturaleza de las cosas*, no por razón de las diferencias de las personas» (cursivas nuestras). Este artículo no se refiere a la naturaleza biológica de las personas en ningún extremo, sino que se trata de la regulación de las leyes especiales en el marco de la función legislativa; más bien pareciera que se utilizó un frase por su conveniencia, pero sacada de contexto.

personas trans y cisgénero, y concluye que las plastías genitales «no permitiría hablar de genitales masculinos y femeninos, respectivamente, de manera que no se puede sostener que el sexo haya cambiado desde el punto de vista anatómico» (f.j. 24). Asimismo, de acuerdo con el TC, el cambio de sexo de P.E.M.M. podría generar inestabilidad jurídica, ya que ella podría acceder al matrimonio pese a ser hombre cromosómicamente —abriendo paso al matrimonio homosexual—, podría trastocar la filiación paterno-filial de existir hijos (o sea, pasar de ser «papá» a ser «mamá» y viceversa), generar trauma para los hijos o lesionar los derechos de terceros de buena fe que contrajeran nupcias con ella sin conocer su transexualidad, por lo que concluye que la tutela del derecho a la identidad basta con que el sistema jurídico ofrezca la posibilidad del cambio de nombre, más no del sexo.

En conclusión, el año 2014 se cierra la puerta para el reconocimiento de cambio de sexo en el Perú, sobre todo teniendo en cuenta que el TC determinó que dicha sentencia era doctrina constitucional vinculante.

### *El caso de Ana Romero*

Tras una nueva conformación del TC, aparece la sentencia 06040-2015-PA/TC, en la que Ana Romero, identificada al nacer como Rodolfo Romero, mediante un proceso de amparo, solicitó el cambio de sexo y nombre en su DNI. La demandante invoca tanto el derecho a su identidad de género, como la inexistencia de vías ordinarias claras para solicitar dichas modificaciones en su documento.

De acuerdo con su relato, Ana se autoidentificó como mujer desde su infancia. La incompreensión de su realidad le generó muchos sufrimientos y dolor, que incluso la llevó a contemplar el suicidio como una posibilidad. Entrada su adolescencia, Ana inició su proceso de transición física y social, con cambios en su expresión de género a través del uso del cabello largo y maquillaje. Este proceso habría concluido en España con el implante de siliconas, ingesta de hormonas y vaginoplastía.

Tras su regreso al Perú y pese a su transición física, la demandante se enfrentó a situaciones discriminatorias cuando revelaba su nombre de hombre consignado en el DNI. Como ejemplos, relata cuando quiso sentar una denuncia ante la policía por el robo de su celular y terminó siendo ella la investigada; o cuando solicitó un préstamo al banco y le pidieron que antes confirme su sexo y se sometiera a una prueba ginecológica.

### 2.2.2. Desarrollo de la sentencia y resolución

Esta es una sentencia eminentemente correctiva. De hecho, en su sentencia, el TC no ordena el cambio de sexo y nombre de la demandante<sup>5</sup>, pero analiza el pernicioso precedente de P.E.M.M. y lo deja sin efecto, lo que en resumen significó que la disforia de género no sea entendida como una patología y que los jueces ordinarios puedan conocer nuevamente acciones judiciales de cambio de sexo. A continuación, desarrollaremos ambos puntos.

#### *La despatologización de los trans*

El TC encontró que el precedente identificaba sin ningún tipo de matiz que las personas trans estaban enfermas, sin reconocer el amplio debate alrededor de esa clasificación y las transformaciones que venía sufriendo. El TC reconoció el valor de la evolución de dicha tipificación y adelantó que «el Grupo de Trabajo sobre la Clasificación de Trastornos Sexuales y Salud Sexual de la misma OMS apunta a abandonar el modelo psicopatológico del transgenerismo en la nueva CIE-11<sup>6</sup> a publicarse por dicha entidad en el año 2018» (2016, f.j. 7).

Para fundamentar más su posición despatologizante, el TC recurre a sentencias internacionales de la Corte IDH y el Tribunal Europeo

<sup>5</sup> Aunque respetuosamente no se refiere a ella como hombre, sino como «la parte demandante» y, en el texto de la misma, no se refiere nunca a ella como Rodolfo.

<sup>6</sup> «CIE-11» son las siglas de la «clasificación internacional de enfermedades, versión undécima».

de Derechos Humanos (TEDH), al concluir que «el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldadas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por los organismos corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial» (2016, f.j. 9).

*La reivindicación del derecho de acceso a la justicia de las personas trans para solicitar su cambio judicial de sexo en función del derecho a la identidad de género*

En consonancia con lo anterior, el TC encontró que la doctrina jurisprudencial en P.E.M.M., al haber optado por una interpretación estática del sexo, había cerrado las posibilidades para que jueces, en el uso de su libertad de jurisdicción, pudieran interpretar su concepto de modo diferente en los casos de solicitud de cambio de sexo. Entonces, si bien en el precedente no prohíbe de manera explícita a los jueces admitir este tipo de controversias, el TC argumentó que «una interpretación rígida e inmutable, de los derechos que la Constitución reconoce, puede bloquear el acceso a la justicia» (2016, f.j. 11).

El TC se deshace de esta interpretación cerrada del sexo como solamente el «sexo biológico», a la luz de una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la identidad de género, la cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal (2016, f.j. 14). Es decir, aunque sin desarrollar su contenido de modo completo, el TC reconoce el derecho a la identidad de género como un derecho justiciable en el Perú.

### **3. IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA**

El impacto más importante de esta sentencia es el reconocimiento del derecho a la identidad de género. Sin embargo, este es solo nominal, pues no delinea claramente su contenido. Por la sentencia podemos

deducir que al menos se compone del derecho de cambio de sexo en la documentación, pero se abre un frente enorme respecto de qué otros derechos incluye o, al menos, cómo interactúa con otros bienes jurídicos protegidos.

Para dar algunas luces de su contenido, es necesario mirar hacia el derecho internacional de los derechos humanos y, como reconoce el propio TC, en tanto se trata de un derecho emergente, es necesario no solo basarnos en los tratados en vigor, sino también en instrumentos de *soft law*.

En estos términos, los principios de Yogyakarta (documento resultante de un estudio y contribución de académicos, organizaciones de sociedad y representantes de organizaciones internacionales) establecen, en el principio 3, denominado «Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica», lo siguiente:

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Ver <http://yogyakartaprinciples.org/principle-3-sp/>.

Esta clara determinación del *soft law*, hasta antes de la emisión de la opinión consultiva OC-24/17 (Corte IDH, 2017), se encontraba ciertamente dispersa en el sistema interamericano de derechos humanos y no quedaba clara de qué normas se desprendían las prescripciones relativas con la protección de los derechos de las personas trans. De hecho, el artículo 3 de la CADH establece el derecho del reconocimiento de la personalidad jurídica, pero no se había relacionado hasta ahora con el derecho a la identidad de género. El derecho a la personalidad jurídica, más o menos, se ha reconocido en cuatro situaciones: la apatridia, la falta de registro público de la existencia de una persona, el no reconocimiento de un pueblo indígena y la desaparición forzada de personas (Serrano & Quintana, 2015, p. 41). Asimismo, si bien ya quedó claro desde la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Corte IDH, 2012, p. 91) que la orientación sexual y la identidad de género están recogidas en el artículo 1.1. de la CADH sobre las cuales recae la prohibición de la discriminación, no se había delimitado tampoco los alcances de los derechos concomitantes a la identidad de género.

Por su lado, la CIDH se había referido a la identidad de género como aspectos del derecho a la vida privada y familiar, en tanto «abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares» (2010, p. 111) y en un documento encontramos que:

Así, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La Comisión Interamericana ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar (CS OEA, 2013, p. 13).

Ahora bien, esta opinión de la CIDH fue recogida en un documento elaborado para la Comisión de Asuntos Jurídicos de la OEA como un insumo para la discusión, pero no se trataba de un informe que haya surgido en el marco de un análisis contencioso o en el cumplimiento de otro de sus mandatos convencionales. Esta incertidumbre ha sido superada con la OC-24/17, en tanto ahora queda claro que el derecho a la identidad de género se encuentra protegido por la CADH a través del derecho a la identidad personal, cuyo reconocimiento, pese a que no se encuentre regulado de modo explícito, ya ha sido establecido a partir del artículo 11.2 que recoge la protección a la vida privada y familiar (Corte IDH, 2017, p. 89) y el derecho a la libertad (artículo 7 de la CADH). Al respecto, la Corte IDH indicó que el derecho a la identidad «no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos» (2017, p. 90) y reconoce su contenido propio y autónomo; además, que la identidad de género resulta un elemento «constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la CADH» (2017, p. 101).

La Corte IDH estableció también los vínculos del derecho a la identidad de género en relación con otros derechos e indica que estos van más allá de solamente el derecho a cambiar de nombre: abarcan desde la libertad de expresión de la propia identidad de género (cubierto bajo la protección del artículo 13 de la CADH) y entraña un valor instrumental para el ejercicio de otros derechos, como la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión y de asociación (Corte IDH, 2017, pp. 89 y 101).

Por otra parte, debe notarse en el sistema interamericano de derechos humanos dos instrumentos que hacen referencia expresa a la identidad de género. En primer lugar, la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en el año 2013,

incluye en su artículo 1 las categorías «orientación sexual» e «identidad y expresión de género» como motivos prohibidos de discriminación. En segundo lugar, la Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en el año 2015, contempla en su artículo 5, sobre la igualdad y no discriminación por razones de edad, a «las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género». Si bien el Perú no es parte de estos instrumentos —de los cuales, además, solo el segundo ha entrado en vigor—, por la interseccionalidad avanzada que plantean, será interesante ver su impacto futuro en el derecho de la región americana.

En esta línea, es posible señalar que hoy en día el sistema interamericano de derechos humanos se acerca a brindar una mirada más comprehensiva de los derechos de las personas trans, semejante a la estructurada en el sistema europeo de derechos humanos, como se puede ver a continuación.

La línea jurisprudencial del TEDH es mucho más madura respecto a las personas trans. En su entender, después de sus primeros casos —caracterizados por el precedente *Rees vs. United Kingdom* (1986), en el que una mujer trans demandó que las leyes del Estado no le conferirían un estatus legal acorde con su nueva condición—, el TEDH resolvió que no encontraba violaciones al derecho a la vida privada y familiar ni al derecho al matrimonio y a fundar una familia. En su opinión, encontró que las adecuaciones normativas solicitadas por la demandante impondrían transformaciones sumamente onerosas de los registros civiles, lo que supondría una carga excesiva para el resto de la población.

Esta tendencia se mantuvo hasta el caso *Christine Goodwin vs. United Kingdom*, en el que practica un *overruling* respecto del caso *Rees* y determina que el Estado no cumplió con sus obligaciones de proveer un sistema legal que reconozca el cambio de sexo, dado que ya no era posible para el Estado alegar la amenaza del colapso de su sistema registral. Entonces, el TEDH concluyó que se habían vulnerado

el derecho al cambio de sexo en la documentación y la imposibilidad de acceder al matrimonio bajo su nuevo sexo. Asimismo, existe otro grupo de precedentes relacionados con las operaciones de confirmación de género, así como con la falta de normas legales que permitan las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo y el consecuente cambio de sexo en la documentación (*L. vs. Lithuania*, 2007), el derecho de no imponer barreras excesivas (períodos largos de espera antes de tomar la decisión) para acceder a operaciones de cambio de sexo cubiertas por las prestadoras de salud (*Schlumpf vs. Switzerland*, 2009) o negar la autorización de cambio de sexo dado que el daño generaría en la persona la inhabilidad de procrear (*Y.Y. vs. Turkey*, 2015). En esta misma línea, el Comité de Derechos Humanos, en el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (SUDH), determinó que el cambio de sexo en los documentos no puede estar condicionada al estado marital de una persona ni obligarla a divorciarse después de su transición, porque sería una vulneración del derecho a la vida privada y familiar, consagrado en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido, encontramos que el derecho a la identidad de género para el sistema europeo de derechos humanos y el SUDH no solo comporta el cambio de sexo en el documento, sino también las condiciones de acceso al mismo y las barreras legales que podrían generar vulneraciones al derecho a la vida privada y familiar.

En otra línea, es importante reconocer que el TC encontró que el precedente P.E.M.M. había generado de modo tangencial un tipo de interpretación del concepto «sexo» que en la práctica supuso la imposición de una barrera de acceso a la justicia para las personas trans. Con la sentencia bajo comentario, se reabrió una puerta; pero ahora toca delinear un poco más el camino, ya que a la fecha no queda clara cuál es la vía jurisdiccional para reclamar el cambio de sexo en el DNI ni los requisitos para ello. Tal como sistematizaron Ramírez y Tassara, existe una gran diferencia si es que se considera que la vía que se debe activar

para cambiar de sexo judicialmente es la de un proceso contencioso o no contencioso:

Que en el primer caso, en la medida de que se reconoce que no existe conflicto no hay entonces parte demandada y los plazos son más cortos; mientras que en el segundo caso, los procesos de conocimiento en cualquiera de sus vías (conocimiento, abreviado o sumarísimo), se parte de la noción de que existe un conflicto y, por tanto, se requiere la intervención del Ministerio Público como parte demandada lo que alarga los plazos en la tramitación porque se complejiza el proceso con su intervención (Ramírez & Tassara, 2015, p. 307).

En ese sentido, las autoras encuentran que las vías activadas son diferentes y equívocas. En su investigación, identifican que las personas trans han utilizado los siguientes procesos judiciales: proceso de reconocimiento judicial de estado actual, declaración judicial de cambio de nombre e identidad personal y proceso de amparo. Si bien las vías procesales pueden ser concurrentes, la falta de regulación de la identidad de género no establece un proceso adecuado y efectivo que, con certeza, sirva para, en un plazo razonable, accionar el cambio de sexo en los documentos nacionales.

Finalmente, surge la siguiente pregunta: ¿por qué el TC no declaró simplemente el cambio de sexo de Ana en vez de remitirla a la jurisdicción ordinaria? En efecto, cuando ella intentó su cambio de sexo, activó un proceso de amparo que en esencia no incluye una instancia probatoria. En su razonamiento, el TC no discute respecto del fondo de la controversia, solamente se limita a desmontar el precedente constitucional que había generado la incertidumbre respecto del acceso a la justicia de las personas trans, pues de hecho declara improcedente la demanda de Ana Romero en el fondo.

En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho de acceso a la justicia comporta las siguientes obligaciones para los Estados:

Los Estados tienen la obligación de prever la existencia de recursos para los individuos dentro de su territorio. No obstante, cabe resaltar que no es suficiente la existencia formal de tales recursos sino que estos deben ser adecuados y efectivos, esto es, deben dar respuesta a las violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana. No pueden considerarse efectivos, sin embargo, aquellos recursos que resulten ilusorios debido a las condiciones del país o a las circunstancias particulares de un caso (Serrano & Quintana, 2015, p. 80).

Dicha reflexión, aplicada al caso, resulta en la misma conclusión a la que llegó el TC: si bien no había una prohibición expresa de presentar demandas de cambio de sexo, los recursos no iban nunca a ser efectivos; es decir, nunca iban a generar un cambio de la realidad jurídica de la demandante, por las cerradas prescripciones del precedente P.E.M.M.

Ahora bien, entendemos que en el caso se dejó expedita en la vía ordinaria, en el entendido de que la demandante tenía que probar su condición de mujer transgénero y la necesidad de cambiar su sexo en el DNI; es decir, requería acceder a un proceso judicial con instancia probatoria. En ese entendido, efectivamente, el proceso de amparo, por su naturaleza, no incluye una instancia probatoria, aunque son precedentes los medios probatorios que no requieren actuación y que no afecten la duración del proceso, tal como lo estipula el Código Procesal Constitucional en su artículo 9. En el caso de Ana, no queda necesariamente claro por qué no fue suficiente la presentación de sus certificados de cambio de sexo y sus testimonios como pruebas de la necesidad de dicho cambio y que el TC lo ordenase. Si bien el avance es grande, hubiera sido más consistente que el tribunal indique las razones por las cuáles el amparo no era la vía adecuada, pese al reconocimiento de la inutilidad de otras vías concurrentes para plantear su demanda de cambio de sexo y el consecuente alargamiento de la situación de incertidumbre jurídica de la demandante.

#### 4. CONCLUSIONES

Existe una tremenda desregulación y reconocimiento de la realidad de las personas LGTBIQ en el Perú. Esta despreocupación histórica recurre a las situaciones de violencia contra dicha población y dificulta el ejercicio de sus derechos humanos. En el caso de la población trans, resulta grave en el derecho de ejercer su identidad de género.

Ante la falta de regulación, los órganos judiciales y administrativos de resolución de conflictos han creado ciertas protecciones mínimas que es necesario resaltar y que en el presente artículo se plantean como los antecedentes mediatos e inmediatos del caso bajo comentario. En estos términos, la prohibición de la discriminación por orientación e identidad de género es la más consolidada protección a la que accede la población LGTBIQ. En relación con la población trans de modo específico, se reconoce que el sexo es un elemento integrante del derecho a la identidad de género y que, por ser mutable, es posible solicitar su cambio a través de un proceso judicial en la vía ordinaria.

La vía procesal para solicitar el cambio de sexo al menos es posible deducir que no es la vía de amparo. Hemos inferido que la razón de esto es que el cambio de sexo tiene que ser probado en un proceso judicial que contenga una etapa probatoria. Sin embargo, no queda claro cómo se prueba la condición de persona transgénero si es que requiere que la persona demandante se haya practicado una operación de confirmación de identidad de género o se admite, por ejemplo, solamente la reasignación social del género, sin necesidad de acceder a procesos quirúrgicos.

Por último, es necesario concluir este documento expresando que resulta alarmante que, en el Perú, poblaciones tan vulnerables y expuestas a la criminalización y discriminación como las personas trans no disfruten de un marco de protección consistente que les permita acceder a sus ciudadanías. Es poco sostenible pensar y creer que, por no autorizar sus cambios de sexo en la documentación y la no persecución

de sus muertes, la realidad de las personas trans no existe. Solamente con la visibilización jurídica y política de las personas trans, será posible deconstruir el estigma patologizante y romper con la contradicción del cotidiano, la misma que tal vez hizo que este artículo fuera escrito por un hombre cisgénero y no por una persona trans.

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Miranda, Ernesto (2014). Soy trans y pido lo que quiero. *El Comercio*, 15 de mayo. Recuperado de <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/trans-pido-quiero-ernesto-alvarez-miranda-319868>.
- Butler, Judith (1990). *Gender Trouble*. Nueva York: Routledge, Chapman & Hall.
- Campuzano, Giuseppe (2007). *Museo travesti del Perú*. Lima: Edición del autor.
- Centro de Investigaciones Judiciales (2010). *Compendio de jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Sentencias civiles, laborales y de familia*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Colectivo NTM - Colectivo No Tengo Miedo (2014). *Estado de violencia: diagnóstico de la situación de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer en Lima Metropolitana*. Lima. Recuperado de <http://descarga.notengomiedo.pe/archivo/No%20Tengo%20Miedo%20-%20Estado%20de%20Violencia.pdf>.
- CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, caso 12.502, del 17 de setiembre. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf>.
- Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA (2012). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. [Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos «CIDH» en cumplimiento de la resolución AG/RES.2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género]. CP/CAJP/INF. 166/12. Recuperado de [http://www.oas.org/dil/esp/cp-cajp-inf\\_166-12\\_esp.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/cp-cajp-inf_166-12_esp.pdf).

- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero. Fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica, del 24 de noviembre. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf).
- CS OEA - Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (2013). Nota del presidente del Comité Jurídico Interamericano al presidente del Consejo Permanente transmitiendo el informe preliminar sobre “orientación sexual, identidad de género y expresión de género”, 17 de abril. Recuperado de [http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji\\_agenda\\_actual\\_Orientacion\\_Sexual.pdf](http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_actual_Orientacion_Sexual.pdf).
- Defensoría del Pueblo (2016). *Derechos humanos de las personas LGTBI. Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú* (informe defensorial 175). Lima: Defensoría del Pueblo. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-175--Derechos-humanos-de-personas-LGBTI.pdf>.
- Espinosa-Saldaña, Eloy (2016). Derecho a la identidad y género. *El Comercio*, 17 de noviembre. Recuperado de <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/derecho-identidad-genero-eloy-espinoza-saldana-148850>.
- Horswell, Michael J. (2013). *La descolonización del “sodomita” en los andes coloniales* (segunda edición). Quito: Abya-Yala.
- Kotz, Liz (1992). The body you want: Liz Kotz Interviews Judith Butler. *Artforum*, 31(3), 82-89.
- Malem, Jorge (1998). La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart. *Debate Feminista*, 18, 33-52.
- Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (2006). Expediente 803-2005-0, resolución 379, sentencia del 27 de octubre. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/119f548046f97631a494ec199c310be6/LIBRO+QUEMADO+CD+LISTO+OK.pdf?MOD=AJPERES>.

- Ramírez, Beatriz (coord.) (2012). *Informe Anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2011*. Lima: Promsex, Red Peruana TLGB.
- Ramírez, Beatriz & Vanessa Tassara (2015). Identidad negada. Una decisión de la justicia constitucional que significa un menoscabo en la protección que merecen las personas trans. *Revista de Derecho Constitucional*, 1, 303-333.
- Red Peruana TLGB y Promsex (2016). *Informe anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2015-2016*. Lima: Letrera Gráfica.
- RENIEC - Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (2012). *Plan nacional Perú contra la indocumentación 2011-2015*. Lima: Punto y Graña.
- Serrano, Silvia & Karla Quintana (2015). *La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Reflexiones generales* (segunda edición). México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2014). Expediente 00139-2013-PA/TC, P.E.M.M. Representado(a) por Rafael Alonso Ynga Zevallos, sentencia del 18 de marzo. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2006). Expediente 2273-2005-PHC/TC, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, sentencia del 20 de abril. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>.
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2016). Expediente 06040-2015-PA/TC, Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), sentencia del 21 de octubre. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>.

## CASO MEZA GARCÍA

### EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON VIH/SIDA A UN TRATAMIENTO MÉDICO INTEGRAL<sup>1</sup>

Cristina Blanco

#### FICHA DEL CASO

2002	2002	2004	2004	2004
13 de agosto	29 de octubre	3 de febrero	20 de abril	1 de junio
La señora Meza García, portadora de VIH, interpone demanda de amparo contra el Estado peruano para acceder al tratamiento antiviral.	El Cuadragésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declara fundada la demanda en primera instancia.	Se aprueba la norma técnica para el tratamiento anti-retroviral de gran actividad (TARGA), que reglamenta el acceso a medicamentos.	El TC emite sentencia sobre el caso Meza García en la que declara fundada la demanda de amparo.	Se aprueba la ley 28243 que universaliza dicho acceso para todas las personas infectadas con VIH/sida.

<sup>1</sup> Para la elaboración de este texto, la autora recibió los aportes de Henry Ayala, además de los comentarios del equipo de investigadores.

## RESUMEN

El caso se refiere a una persona con VIH/sida, la señora Azanca Alhelí Meza García, que presentó una acción de amparo para obtener por parte del Estado el tratamiento médico gratuito e integral que requería. Alegó que tenía derecho a recibir este tratamiento sobre la base de la normativa interna y en la falta de recursos para cubrir los gastos por ella misma, lo que ponía en riesgo su vida. El TC acogió la pretensión y, en consecuencia, ordenó que fuera incluida en el grupo de pacientes que recibirían tratamiento integral por parte del Ministerio de Salud (MINSA). Afirmó que, a pesar que el derecho a la salud no se encuentra en el capítulo sobre derechos fundamentales de la Constitución, puede ser protegido a través del amparo cuando compromete otros derechos, como la vida o integridad física. El tribunal sostuvo que los derechos sociales no son meras normas programáticas, sino que deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado social y democrático de derecho.

### 1. INTRODUCCIÓN

La señora Meza García fue diagnosticada con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) en 1996. Su situación de pobreza dificultó desde entonces el acceso al tratamiento de antirretrovirales necesario para controlar la enfermedad y evitar la complicación de su estado de salud. Las entidades de salud pública le recetaron medicinas para tratamientos menores, pero no le brindaron un tratamiento integral que permita no poner en riesgo su vida. Por tal motivo, decidió interponer una acción de amparo sobre la base de la normativa en la materia, buscando que las instancias judiciales ordenen la provisión de su tratamiento médico. El caso de la señora Meza García fue conocido en virtud a un recurso extraordinario por el TC, instancia que acogió la pretensión.

Esta sentencia representa un aporte en varios sentidos. El tribunal reconoce la procedencia del amparo para proteger derechos sociales ante una normativa poco proclive para ello. Afirma que los derechos sociales no son simples normas programáticas, buscando alejarse de una idea que tiene un impacto negativo en la exigibilidad de estos derechos. Sostiene que son verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado social y democrático de derecho, considerados tan derechos como los denominados «civiles y políticos». Desarrolla, además, uno de los principios fundamentales en el marco de los derechos sociales: el principio de progresividad y se refiriere a su alcance concreto.

Si bien la sentencia se dicta luego de fallecida la señora Meza García<sup>2</sup>, el caso plantea el acceso a un tratamiento médico como parte del contenido jurídicamente exigible del derecho a la salud de las personas con VIH. La lucha de estas personas por acceder a antirretrovirales ha demostrado tener un potencial para transformar la implementación de los derechos sociales y fortalecer la interdependencia e indivisibilidad que caracteriza —aunque muchas veces solo en términos retóricos— a los derechos humanos. Su importancia práctica no es reducida; pues, según el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida (ONUSIDA), hoy en día, de las 70 mil personas que viven con VIH en el Perú, 27 mil no tienen acceso a antirretrovirales (ONUSIDA, 2017, p. 128).

En el presente informe, nos referimos, en primer lugar, al contexto del fallo con apoyo de información secundaria y entrevistas a organismos de lucha contra el VIH/sida. Posteriormente, abordamos la descripción de los hechos y el desarrollo de los puntos más relevantes de la sentencia. Una tercera sección presenta un balance de los aportes principales del fallo y, en una última sección, se presentan las conclusiones del artículo.

---

<sup>2</sup> Entrevista a Julio César Cruz, presidente de PROSA, el 24 de agosto de 2017. Ver igualmente Águila Grados, 2011.

## 2. DESARROLLO DEL CASO

### 2.1. Contexto sociopolítico

De acuerdo a ONUSIDA, para el 2017, cerca de 36,9 millones de personas vivían con VIH en el mundo, mientras que tan solo 21,7 millones tenían acceso a terapia de antirretrovirales y cerca de un millón murieron por causas relacionadas a la enfermedad. En el Perú, para el mismo año, existían 70 mil personas viviendo con VIH, de las cuales 2200 murieron solo en 2016 por enfermedades relacionadas al sida (2018, p. 1).

Si bien el VIH no es la única epidemia global que cobra la vida de millones cada año, tiene algunas particularidades, como la discriminación y estigmatización que sufren las personas portadoras. Según ONUSIDA, una de cada ocho personas con VIH reportan que se les ha denegado servicios de salud, mientras que a una de cada nueve se les rechazó de un empleo por ser VIH positivo. Enfrentan también altos riesgos de contraer otras enfermedades (como tuberculosis) y, con frecuencia, el ejercicio de otros derechos puede verse dificultado<sup>3</sup>. Si bien la agenda de derechos humanos de personas con VIH es amplia, el presente caso se centra en el acceso al tratamiento médico y, para contextualizarlo, nos referimos a continuación a las formas en que el movimiento de derechos humanos ha abordado el VIH/sida, tanto de manera global como en el Perú.

---

<sup>3</sup> En algunos países, las personas con VIH son criminalizadas, pueden enfrentar arrestos por exposición a otros al peligro, rechazo de sus familias o entornos cercanos, temor a perder el trabajo o despido por causa de su enfermedad, restricciones para viajar, entre otras. Aquellos que son miembros de poblaciones en situación de vulnerabilidad enfrentan, además, una doble estigmatización basada, por ejemplo, en su orientación sexual, identidad de género, uso de drogas o involucramiento en trabajo sexual.

### **2.1.1. El VIH/sida y el movimiento de derechos humanos**

Los derechos humanos se sumaron temprano en la lucha por hacer frente a esta epidemia global. Esto lo demuestran las directrices internacionales adoptadas por la segunda consulta internacional sobre VIH/sida y derechos humanos de 1996, actualizadas por última vez en 2006, para ayudar a traducir las normas de derechos humanos en observancia práctica en el contexto del VIH (ACNUDH & ONUSIDA, 2006). La relación de los derechos humanos con el movimiento contra el VIH/sida ha atravesado distintos momentos, como advierte Novogrodsky (2009).

La primera etapa, a inicios de la década de los noventa, usó el marco de los derechos civiles y políticos para avanzar en los intereses de las personas portadoras. Ello está asociado al hecho de que el sida era inicialmente percibido como una enfermedad propia de homosexuales, fármaco-dependientes y trabajadoras sexuales. Se le hacía frente a través de medidas que mostraban homofobia y discriminación, como la expulsión de niños con VIH de escuelas públicas, despidos de empleados infectados, denegatorias de permisos de matrimonio si eran VIH positivos, etc. ONUSIDA, la OMS y organizaciones de la sociedad civil enfocaron sus esfuerzos de estos años en los abusos cometidos contra personas con VIH sobre la base de la estigmatización. Los avances legales en este momento reflejan precisamente esta agenda, pues se dieron varias decisiones judiciales sobre la materia, como aquellas que declaraban ilegales los despidos basados en la condición de VIH positivo de una persona.

En este momento, se tenían tres entendimientos claros sobre el rol de los derechos humanos en la lucha contra el VIH. Primero, la protección de derechos civiles y políticos de las personas infectadas redundaba positivamente en la contención de la enfermedad. Segundo, se avanzó en la reconceptualización de los derechos humanos y la salud pública como complementarios, pues esta había estado alejada de reclamos de tratamientos individuales (Novogrodsky, 2009, p. 14).

Tercero, los científicos sociales comenzaron a ser conscientes de las determinantes sociales de la salud que permitían la propagación de la enfermedad<sup>4</sup>.

Este enfoque, aunque válido hasta hoy, demostró tener limitaciones, pues en general mantuvo silencio sobre el acceso al tratamiento de antirretrovirales. Es en una segunda etapa que el movimiento para hacer frente a la epidemia se enfocó en el tratamiento médico. Ello tiene que ver con el hecho de que es recién en 1996 que se descubrió un tratamiento efectivo para personas con VIH/sida, a pesar de que la composición de la enfermedad fue reconocida en 1984.

Para las personas con VIH, el tratamiento médico ha hecho que la enfermedad pase de ser una sentencia de muerte a una enfermedad crónica manejable. No obstante, existen importantes inequidades en el acceso a antirretrovirales en el mundo. Mientras que en Europa occidental, Europa central y Norteamérica el 78% de personas con VIH tiene acceso a antirretrovirales, en África del norte y del medio este tan solo el 29% está siendo tratado (ONUSIDA, 2018, p. 6). A pesar de las altas cifras y las alarmantes inequidades en el acceso a medicinas que salvan vidas, la enfermedad es frecuentemente descrita solo como un aspecto de la salud pública y no ocupa un lugar central en la política nacional (Novogrodsky, 2009: p. 3). Este escenario y la necesidad del tratamiento para vivir en condiciones dignas ha llevado a que personas con VIH y organizaciones que trabajan en el tema acudan a las instancias judiciales para procurar este acceso.

Cada vez más tribunales nacionales y organismos internacionales están reconociendo que las personas con VIH tienen un derecho humano a acceder al tratamiento médico necesario para hacer frente a esta enfermedad (Novogrodsky, 2009, p. 5). Con la sentencia del caso

---

<sup>4</sup> Los expertos concluyeron, por ejemplo, que la epidemia prospera cuando las condiciones económicas fuerzan a trabajadores a migrar en búsqueda de empleo, lo que trae fragmentación social que hace perder los lazos familiares y da lugar al abandono de costumbres sexuales tradicionales (Novogrodsky, 2009).

de la señora Meza García, el TC peruano se alinea a esta tendencia positiva de las altas cortes a acoger este pedido. Su relevancia para nuestro país es alta, considerando que, según ONUSIDA, 27 mil personas no tienen aún acceso a antirretrovirales (2017, p. 128).

### **2.1.2. El VIH/sida en el Perú**

El primer caso de sida en el Perú data del año 1983. Desde entonces, la epidemia se ha ido incrementando con el tiempo: para setiembre de 2015, existían 33 535 casos reportados de sida y 59 276 personas infectadas con el virus del VIH (Pun, 2015). Con respecto al perfil demográfico, el 77% de los casos notificados de sida son varones y la mayor cantidad de casos reportados proviene de la región Lima (Pun, 2015). Asimismo, la prevalencia estimada de VIH en madres gestantes sigue siendo significativa (0,23%) y alarmante a nivel de población de hombres que tienen sexo con otros hombres y mujeres transgénero con 12,4% de los casos.

Al ser una epidemia de carácter concentrado en las poblaciones riesgo, la estigmatización de la población que vive con VIH/sida es muy fuerte y actúa en la desvalorización de la población infectada o en la culpabilidad moral de que, por haber contraído el virus, el Estado no está obligado a asistirlos (Gutiérrez Guerrero, 2003, p. 3). Incluso, el estigma también repercute en la provisión de servicios por parte del Estado y afecta a la adherencia al tratamiento antirretroviral en diferente medida a hombres y mujeres (Zafra-Tanaka & Ticona-Chávez, 2016, p. 630). De este modo, la discriminación hacia las personas con VIH/sida no solo es un problema social desde la afectación del individuo dentro de la sociedad, sino que dificulta la permanencia en el tratamiento y con ello la calidad de vida de la persona.

Ante esto, la política pública de contención de la epidemia y de apoyo a la población que vive con VIH/sida ha sido irregular con respecto a su alcance. La primera iniciativa estatal ocurre en 1996 con la creación del Programa de Control de Enfermedades de Transmisión

Sexual y Sida (PROCETSS), cuyos lineamientos y políticas fueron convertidos en norma con la aprobación de la ley 26626 (Contrasida), aprobada en junio de ese mismo año. Luego, con la aprobación de su reglamento, se da el paso inicial para una provisión universal de medicamentos para dicha población, con énfasis en las madres gestantes, lo cual no siempre era cumplido, pues no existía acceso a los tratamientos de forma gratuita en un país donde los costos para conseguir el tratamiento iban de 500 a 800 dólares mensuales (Gutiérrez Guerrero, 2003, p. 12).

Junto a ello, la sociedad civil vino a tallar en la lucha por los derechos de la población afectada a través de la creación de la Red Sida Perú, en 1997, la cual estuvo conformada por once organizaciones de la sociedad civil que ayudaron a desarrollar intervenciones y programas de concientización para la población en riesgo (MINSA, 2006, p. 18). Parte de la lucha por lograr organicidad en las demandas venía por agrupar diferentes colectivos con una mirada en común. De este modo, las trabajadoras sexuales y la población LGTB tenían mayor poder de organización y una visión diferente de la lucha por su visibilización que las mujeres que habían sido contagiadas por sus parejas, las cuales sufrían procesos de estigmatización diferentes debido a la cultura del silencio alrededor del sexo o la dependencia económica hacia sus parejas (Gutiérrez Guerrero, 2003, p. 21).

En ese espíritu, gracias al apoyo financiero del Fondo Global de Lucha contra la Tuberculosis, el Sida y la Malaria de la ONU, se crea la Coordinadora Nacional Multisectorial en Salud (CONAMUSA), en 2002, que engloba los esfuerzos del Estado y la sociedad civil por generar políticas públicas para la salud, de donde surgen nuevas iniciativas como el tratamiento antirretroviral para niños desde ese mismo año o la importancia de un enfoque integral de la salud en el modelo de atención a la población que vive con VIH/sida (MINSA, 2006, p. xvi).

Sin embargo, aún existían dificultades económicas para acceder al tratamiento que provocaban el fallecimiento rápido de los activistas, por lo que desde la sociedad civil se desarrolló una estrategia desde diferentes frentes: por un lado, se incidió en el parlamento, a través de congresistas como Anel Townsend o Ronald Gamarra; mientras que un grupo de abogados comenzó a judicializar casos en donde se demandaba acceso a los antirretrovirales distribuidos por el Estado. Juega un rol importante el Centro de Asesoría Legal y Derechos Humanos de la Asociación Vía Libre, organización que patrocinó diversos casos judiciales en favor de personas con VIH/sida, como es el caso de la señora Meza García. Para el año 2003, existían al menos seis acciones de amparo ante los tribunales acerca de este tema (Gutiérrez Guerrero, 2003, p. 17). No obstante, la mayoría de demandantes fallecieron antes de obtener sentencias favorables, como en el caso que analizamos. En dichas sentencias, los jueces hacían referencia a que el Estado peruano no poseía la solvencia económica para garantizar dichos tratamientos de forma universal<sup>5</sup>.

Con el impulso de la sociedad civil y el apoyo de diferentes congresistas, la exministra de Salud, Pilar Mazzeti, aprobó, en febrero de 2004, la norma técnica para el tratamiento antirretroviral de gran actividad (TARGA), que reglamentaba el acceso a medicamentos para la población que vive con VIH/sida. Asimismo, en junio del mismo año, se aprobó la ley 28243 que universalizó dicho acceso para todas las personas infectadas, lo que significó un punto de quiebre positivo dentro de la lucha por su reconocimiento. Dichos cambios en el marco normativo y las políticas públicas jugaron un rol importante dentro del desarrollo de la sentencia del caso en cuestión.

---

<sup>5</sup> Entrevista a Julio César Cruz, presidente de PROSA, el 24 de agosto de 2017.

## 2.2. Descripción del caso

### 2.2.1. Los hechos del caso

El proceso judicial que da lugar a la sentencia bajo análisis se inició el 13 de agosto de 2002, cuando la señora Azanca Alhelí Meza García interpuso una acción de amparo contra el Estado peruano, representado en este caso por el MINSA. Dicha acción fue presentada con el objetivo de que «se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/sida». En concreto, la señora Meza García solicitó que la atención médica consista en: «a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/sida, que deberá efectuarse a través del programa del hospital Dos de Mayo; y b) la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera» (TC, 2004, antecedentes).

Sostuvo que el Estado tiene la obligación de brindarle la atención integral para la protección de su salud, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 7 y 9 de la Constitución, así como el artículo 7 de la ley 26626 (ley del plan nacional de lucha contra el sida y ETS). Sostiene que, sin embargo, tal obligación «no está siendo cumplida por el Estado, generando un riesgo contra su vida» (TC, 2004, f. j. 2).

Por su parte, el MINSA contestó la demanda y solicitó que se declare improcedente, por considerar que «la distribución gratuita de medicamentos a todo enfermo de sida en el país no se encuentra prevista en la normativa» (TC, 2004, f.j. 3). En tal sentido, sostuvo que en el presente caso no se presenta «la violación o amenaza concreta de ningún derecho» (TC, 2004, antecedentes). De la reseña del caso presentada por el TC en su sentencia, se entiende que fueron dos los argumentos centrales de la defensa:

- a) Los artículos 1 y 2.1 de la Constitución Política del Perú referidos, respectivamente, al respeto de la dignidad de la persona y a los derechos a la vida e integridad física, «no implican una

obligación por parte del Estado de prestar atención sanitaria ni facilitar medicamentos en forma gratuita a la demandante ni a otra persona». La única excepción se encuentra en el artículo 10 del decreto supremo 004-97-SA (reglamento de la citada ley 26626), que dispone se brinde el tratamiento antiviral gratuito a madres gestantes infectadas con VIH y a todo niño nacido de madre infectada.

- b) Los artículos 7 y 9 de la Constitución que reconocen el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen «normas programáticas que representan un mero plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto» (TC, 2004, antecedentes). Sobre este punto, afirma además que, para otorgar tratamientos gratuitos a personas con VIH, habría que habilitar una partida presupuestaria con arreglo a la política de nacional de salud.

El 29 de octubre de 2002, el Cuadragésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la demanda. El fallo se basó en la ley 26626 y consideró que «no es admisible pretender que solo las gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada tenga derecho al tratamiento antiviral», en tanto «las limitaciones a derechos se establecen por ley y no vía reglamento» (TC, 2004, antecedentes). Dicho fallo fue apelado ante la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual decidió revocarla y declarar fundada, en parte, la demanda. La sala consideró que la situación particular de la demandante —madre de familia, enferma de cáncer, sin recursos económicos y sin amparo familiar previsible— «debe equipararse excepcionalmente a lo previsto en el artículo 10° del Decreto Supremo N.° 004-97-SA» (TC, 2004, antecedentes).

De este modo, la sala no afirmó la existencia de un derecho a recibir tratamiento antiviral sobre la base de la Constitución y la ley 26626, sino que equiparó la situación de la demandante a la «excepción» dispuesta por el referido decreto supremo. Es decir, acogió el argumento

del MINSA, en el sentido de que se trata de la única situación en la que el Estado debe otorgar tratamiento antiviral gratuito. Si bien el resultado sería el mismo, la fundamentación era contraria a la sostenida por la demandante. La señora Meza García interpuso un recurso extraordinario ante el TC, el cual fue resuelto, el 20 de abril de 2004, mediante la sentencia bajo comentario.

### 2.2.2. Desarrollo de la sentencia y resolución

A partir de los hechos descritos, puede entenderse que la controversia central que debía resolver el TC consistía en responder a la siguiente pregunta: ¿es parte del contenido jurídicamente exigible del derecho a la salud la provisión gratuita de retrovirales para personas con VIH/sida? Para dar respuesta a la controversia del caso, el tribunal se refirió, en su sentencia, a distintos aspectos que pueden agruparse en tres ejes principales: naturaleza y alcance de los derechos económicos, sociales y culturales; el derecho a la salud y su relación con el derecho a la vida; y el tratamiento médico para personas viviendo con VIH/sida según la legislación nacional.

#### *Sobre los derechos económicos, sociales y culturales*

Una parte importante de la sentencia se dedica a abordar aspectos relacionados a los derechos económicos y sociales, en general. En particular, el TC se refiere a la procedencia del amparo frente a los derechos económicos, sociales y culturales cuando su afectación comporte la vulneración de derechos fundamentales con relación a los cuales procede este recurso. En segundo lugar, aborda la naturaleza de estos derechos para afirmar que no se trata de meras normas programáticas y que se basan en los principios de solidaridad y dignidad humana. Por último, afirma que la ejecución presupuestal en materia de derechos económicos, sociales y culturales debe concebirse como una inversión estatal y que el principio de progresividad del gasto no supone eximirse de realizar acciones concretas en un plazo razonable.

Un primer punto que aborda el tribunal es el relativo a la procedencia del recurso de amparo frente a los derechos económicos, sociales y culturales, en particular al derecho a la salud. De acuerdo a la normativa procesal constitucional entonces vigente, este derecho no se encontraba contemplado entre aquellos para cuya defensa procedía el proceso de amparo. Asimismo, según advirtió el tribunal, la acción de amparo no procedía con relación a los derechos a que se refiere la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, según la legislación entonces vigente, la cual señala que «[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente».

Al respecto, el TC entendió que dicha disposición final y transitoria de la Constitución «está referida a la exigencia de los denominados derechos económicos y sociales», como el derecho a la salud invocado por la señora Meza García. Añadió que, el hecho que el legislador haya dispuesto que no cabe su invocación vía amparo, se debe a que tales derechos suponen «obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercerlos de manera plena» (2004, f.j. 5). Sin perjuicio de ello, el tribunal consideró que, cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales —como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad—, tal derecho adquiere carácter fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía acción de amparo.

En cuanto a la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, el tribunal parte por reconocer que el Perú, en virtud a la Constitución de 1993, es un Estado social y democrático de derecho, en el cual se requiere «la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos, y la identificación del Estado con los fines de su contenido social» (2004, f.j. 8). El logro de estas condiciones materiales mínimas motiva la intervención del Estado y hace necesaria la exigencia de los derechos sociales y económicos (TC, 2004, f.j. 9-10).

El tribunal agrega que «exigencia» se refiere aquí «al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución» (2004, f.j. 10).

Al mismo tiempo, el TC afirma adecuadamente que no se trata «de meras normas programáticas de eficacia mediata» que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, no tienen una eficacia inmediata. Basa esta afirmación en que «su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos», por lo que el legislador y la administración de justicia «deb[e]n pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente» (2004, f.j. 10). Más concretamente, el tribunal considera que estas obligaciones concretas consisten en «adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población» (2004, f.j. 12).

Según afirma el TC, dejar de lado la visión programática de los derechos sociales y económicos permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona; los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho. Igualmente, el tribunal afirma que «los derechos sociales, como la salud pública, *no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos*, pues no se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido» (2004, f.j. 32; cursivas nuestras). Añade que «lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento» (2004, f.j. 32).

De otro lado, el tribunal enfatizó que la ejecución presupuestal en las políticas sociales no es un «mero gasto», sino que se trata de una «inversión social en aras del cumplimiento de un fin comunitario» y agrega que

«cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y, por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose, de este modo, un mayor desarrollo como país» (TC, 2004, f.j. 44).

La defensa del Estado afirmó que no podría brindar un tratamiento médico gratuito a la señora Meza García en tanto se trata de un gasto no presupuestado. Al respecto, el TC notó que ello no resulta un «alegato con fuerza suficiente [...] [en tanto] sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos» (TC 2004, f.j. 35).

En cuanto al alcance del principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, el TC advirtió la relación entre esta disposición y el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el pacto.

Ahora bien, notó adecuadamente que «la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas» (TC, 2004, f.j. 36). En consecuencia, el TC consideró que, si bien no puede exigirse una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, para no incumplir con el deber de progresividad, deben observarse «concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión» (2004, f.j. 39).

### *Sobre el derecho a la salud y su relación con el derecho a la vida*

La salud es definida en la sentencia como «el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano».

El TC adoptó una aproximación amplia de la salud al afirmar que dicho concepto «no se limita a asociarlo con la ausencia de enfermedad, sino con el reconocimiento de una condición física mental saludable» (2004, f.j. 30).

Asimismo, el tribunal señala que este derecho se encuentra reconocido en el artículo 7 de nuestra Constitución y afirma que, cuando dicha disposición hace referencia al derecho a la protección de la salud, «reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica» (2004, f.j. 30). Esto derecho implica, en palabras del TC, «la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser» (2004, f.j. 28); es decir, supone una acción de «conservación» y otra de «restablecimiento».

De otro lado, el tribunal se refirió a la relación entre el derecho a la salud y a la vida en los siguientes términos: «*La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida*, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida» (2004, f.j. 28; cursivas nuestras). Teniendo ello en cuenta, el grave estado de salud de la señora Meza García «llega a comprometer inminentemente su propia vida» (TC, 2004, f.j. 31), por las características de la enfermedad que padece, el riesgo de contraer cualquier otra enfermedad adicional y el padecer de cáncer a la tiroides.

*Sobre el tratamiento médico para personas viviendo con VIH/sida, según la legislación nacional*

La última sección de la sentencia busca responder a la pregunta planteada en la controversia: ¿es parte del contenido jurídicamente exigible del derecho a la salud la provisión gratuita de retrovirales para personas con VIH/sida? Se trata de una sección breve en la que el TC hace

referencia, en primer término, a las normas pertinentes en materia del derecho a la salud y tratamiento del VIH y se refiere posteriormente al caso concreto.

En cuanto a las normas pertinentes, el tribunal toma nota de los artículos 7 y 9 de la Constitución, que establecen, en palabras del tribunal, que «todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa, siendo responsabilidad del Estado determinar la política nacional de salud, al igual que normar y supervisar su aplicación» (2004, f.j. 46). Asimismo, se menciona la ley 26626, mediante la cual se encargó al MINSA la elaboración del plan nacional de lucha contra el VIH/sida y las enfermedades de transmisión sexual. Destaca el artículo 7 de dicha ley<sup>6</sup> que, como afirma el tribunal, reconoce a toda persona con VIH/sida el derecho a la atención integral y a la prestación previsional que el caso requiera.

En atención a esta disposición, el TC rechazó el argumento del MINSA consistente en invocar el reglamento de esta ley (decreto supremo 004-97-SA) para afirmar que únicamente las madres gestantes infectadas y los niños nacidos de madres infectadas recibirán tratamiento antiviral gratuito; es decir, el tribunal coincide con la sentencia de primera instancia que acoge la pretensión de la demandante por esta misma razón.

---

<sup>6</sup> Artículo 7 de la ley 26626:

Toda persona con VIH/sida tiene derecho a la atención médica integral y a la prestación previsional que el caso requiera. Para el cumplimiento de esta disposición se prevé que:

a) El Estado debe brindar dichos servicios a través de las instituciones de salud donde tenga administración, gestión o participación directa e indirecta; y,

b) Dentro del régimen privado los derechos de atención médica integral de seguros se harán efectivos cuando se trate de obligaciones contraídas en una relación contractual.

El reglamento establecerá las sanciones para los profesionales y las instituciones vinculadas a la salud que impidan el ejercicio de los derechos a que se refiere este artículo.

Al mismo tiempo, el TC toma nota de la ley 28243, del 1 de junio de 2004, que modifica la ley 26626. La primera establece que la atención integral de salud es continua y permanente; además, indica que la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral y que tienen prioridad las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema (TC, 2004, f.j. 48).

En cuanto al segundo punto, el tribunal vincula el marco normativo con lo señalado previamente en la sentencia en materia de derechos sociales y con el caso particular. Varios aspectos pueden observarse que quisiéramos dejar anotados:

- a) Afirma que los derechos sociales (en general) «no representan prestaciones específicas por sí mismas», en tanto dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado.
- b) La inacción prolongada de cumplir con los derechos sociales puede devenir en una omisión constitucional. Ello no se declara en el caso, al parecer, en vista que «el Ministerio de Salud viene implementando acciones concretas para la ejecución del Plan de Lucha contra el sida».
- c) En el caso concreto, se otorga la protección jurídica del derecho a la salud por una combinación (poco clara) de razones que se mencionan en el último párrafo citado:
  - Existe una afectación potencial del derecho a la vida.
  - La ley 28243, que modifica la ley 26626, establece los cauces para la máxima protección de los enfermos de sida. Dicha ley da prioridad a personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema, condición en la que se encuentra la señora Meza García.
  - El MINSA promociona una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en esta condición.
  - La señora Meza García cuenta con una medida cautelar otorgada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En vista de lo anterior, el TC declara fundada la acción de amparo y, en consecuencia, ordena incluir a la señora Meza García en los pacientes que recibirán tratamiento integral por parte del MINSA. Asimismo, exhorta a los poderes públicos al cumplimiento del artículo 8 de la ley 26626, que dispone que la ley de presupuesto considerará, como gasto prioritario dentro de la partida del sector salud, lo estimado para la ejecución del plan de lucha contra el sida.

### **3. IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA: UN BALANCE DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

En este punto, realizamos un balance de los aportes de la sentencia en el contexto descrito y respondemos a la siguiente pregunta: ¿cuál es el avance en materia de derechos humanos que representa? De igual manera, se hace mención de los aspectos poco precisos de la decisión, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Abordamos, en primer lugar, lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, así como el derecho a la salud, y luego la afirmación de un derecho al tratamiento a antirretrovirales.

#### **3.1. Los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho a la salud**

La sentencia del TC en este caso presenta varios aspectos positivos. Se reconoce la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de nuestro modelo de Estado social y democrático de derecho, el cual debe asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida y que exige de los poderes públicos la promoción de esas condiciones. Recordemos que «la historia del nacimiento de los Estados sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos» (Abramovich & Courtis, 1997, p. 11).

Resulta positivo también afirmar que los derechos sociales tienen en su base dos principios fundamentales: solidaridad y dignidad humana. En virtud de estos, se hacen exigibles los derechos sociales y se entiende que la sociedad en su conjunto está llamada a colaborar en alcanzar unos mínimos de existencia digna, como objetivo colectivo. De ello se desprende la idea de que la atención de los derechos económicos, sociales y culturales, antes que un mero gasto público, debe concebirse como una inversión social para alcanzar los fines comunes en los que se basa nuestra Constitución.

Otro aporte de la sentencia consiste en reconocer la procedencia del amparo frente a los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto se afecten también otros derechos fundamentales protegidos por este recurso. En efecto, es positivo que, en el escenario poco proclive para la protección judicial del derecho a la salud previo a la adopción del Código Procesal Constitucional, el TC abrió la puerta del proceso de amparo a este derecho sobre la base de su vinculación con otros derechos fundamentales.

Si bien se trata de una salida afortunada ante un panorama legal restrictivo, resulta más beneficioso para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales que sea posible su defensa a través de esta garantía constitucional de manera autónoma y no solo en tanto exista una relación con otros derechos fundamentales sí protegidos. Resulta positivo notar que, con la adopción del Código Procesal Constitucional que rige actualmente la institución judicial del amparo, se habilita la procedencia de este recurso frente a varios derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud.

En cuanto al desarrollo de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, así como del derecho a la salud en particular, la sentencia da pasos importantes, aunque en algunos extremos es poco precisa, como se verá a continuación.

### **3.1.1. Los derechos económicos, sociales y culturales son fundamentales (autónomos), no en tanto se relacionan con derechos civiles y políticos**

La interrelación entre los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales, ha sido afirmada a nivel mundial de manera clara, al menos desde 1993, con la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que tuvo lugar en Viena. Reconocer esta vinculación indisociable de ningún modo lleva a desconocer la existencia autónoma y la validez igualitaria de cada uno. En el derecho internacional, tanto a nivel universal como interamericano, no se acepta esta exclusión en cuestión y se sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos fundamentales. Lo zanjado hace décadas en el sistema universal y el sistema interamericano de derechos humanos, sobre la base de las normas consuetudinarias y convencionales que obligan al Estado peruano, así como lo establecido en el artículo 3 de nuestra Constitución<sup>7</sup>, forma parte del derecho nacional.

Por ello, es cuestionable la afirmación del TC en este fallo, consistente en que la salud es un derecho fundamental en la medida que se presente una relación con el derecho a la vida. Esto ha respondido a que la Constitución Política del Perú excluye a los derechos económicos, sociales y culturales de la lista de derechos fundamentales enunciados en su artículo 2, lo cual ha sido motivo de confusión y llevó a paliar dicha exclusión relacionando aquellos derechos con un derecho fundamental, como en la sentencia bajo comentario. Esta exclusión en el marco peruano, afortunadamente, no se ha mantenido de modo consistente en fallos posteriores.

---

<sup>7</sup> «Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

La salud es un derecho humano con fundamentación propia y obligaciones exigibles, aunque la vida misma no esté en riesgo<sup>8</sup>. Si bien en algunos extremos puede ser útil basarse en esta relación para sostener, por ejemplo, la procedencia del recurso de amparo o la exigencia no solo de obligaciones mediatas, se debe advertir que no puede afirmarse su existencia condicionándola a su relación con los derechos civiles y políticos.

### **3.1.2. Los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales requieren obligaciones de hacer y no hacer: la falacia de la condicionante económica de los derechos económicos, sociales y culturales**

Resulta muy positivo que el TC afirme que los derechos económicos, sociales y culturales no son meras normas programáticas, sino que son derechos exigibles. Ahora bien, el concepto de «exigencia» que utiliza la sentencia consiste en «[e]l derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución» (TC, 2004, f.j. 10). Esta definición, en última instancia, puede llevar a negar la existencia de obligaciones inmediatas y la exigibilidad de un componente jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre la base de la necesidad de contar con presupuesto para su ejecución.

Lo arraigado de la idea de la falta de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se vincula precisamente a la condicionante económica para su cumplimiento. Sin embargo, el argumento basado en la disponibilidad de recursos debe ser dejado de lado teniendo en cuenta, primero, que los derechos civiles y políticos requieren también de importantes recursos para su cumplimiento y no por ello se afirma que no son exigibles jurídicamente; y, segundo, que existen obligaciones

---

<sup>8</sup> Al respecto, véase artículo 12 del PIDESC y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador».

inmediatas en materia de derechos económicos, sociales y culturales que no suponen recursos económicos. Nos referimos al primer aspecto en este punto y, al segundo, en el siguiente.

Como afirman Abramovich y Courtis, la idea de que los derechos civiles y políticos se agotan en obligaciones negativas o de no hacer por parte del Estado y que los derechos económicos, sociales y culturales implican solo obligaciones positivas que requieren recursos del erario público, está basada en una «visión totalmente sesgada y “naturalista” del papel y funcionamiento del aparato estatal» (1997, p. 3). El respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho de asociación, el elegir y ser elegido, «suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado» (Abramovich & Courtis, 1997, p. 3).

Si bien se reconoce que la «faceta más visible» de los derechos sociales son las obligaciones de no hacer, estos también exigen obligaciones de no hacer. Por ejemplo, el derecho a la salud supone no intervenir a un paciente sin su consentimiento, el derecho a la educación implica no impedir el acceso a servicios educativos, o el derecho a la cultura requiere la conservación del patrimonio cultural y prohíbe su destrucción. De este modo, tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales importan, al mismo tiempo, obligaciones negativas y positivas; ambos requieren, por tanto, recursos para su cumplimiento (Abramovich & Courtis, 1997, p. 8).

### **3.1.3. Los derechos económicos, sociales y culturales suponen tanto obligaciones mediatas como inmediatas por parte de los Estados**

Representa un avance que el TC afirme que los derechos económicos, sociales y culturales no son «meras normas programáticas de eficacia mediata». Sin embargo, en esta sentencia no se señala —en términos positivos y explícitos— que estos derechos exigen obligaciones inmediatas, ni se refiere a cuáles son. De hecho, el tribunal sostiene que «resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales

para la totalidad de la población» (2004, f.j. 39) y que «los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado» (2004, f.j. 49). Leídas estas consideraciones en conjunto, parece que las frases posteriores dejan sin contenido a la afirmación clave de no tratarse de simples normas programáticas.

Al respecto, cabe hacer mención de la observación general 3 del Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de las Naciones Unidas, dado que se reconoce que este pronunciamiento marca la pauta en materia de las obligaciones frente a los derechos económicos, sociales y culturales. El comité, como órgano a cargo de la supervisión del PIDESC, desarrolla el alcance de las obligaciones generales contenidas en el artículo 2 de dicho instrumento internacional.

Se refiere, en primer lugar, a una obligación de «adoptar medidas inmediatas». Dos medidas resultan particularmente importantes: garantizar que los derechos se ejercerán sin discriminación (Comité DESC, 2009) y adoptar medidas hacia la satisfacción de las obligaciones. En cuanto a esta última, el comité advierte que supone que «las medidas tendentes a lograr [la plena realización de los derechos sociales] deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto» (Comité DESC, 1990, párr. 1 y 2). Asimismo, hace referencia al deber de «progresividad y la prohibición de regresividad», que implica que debe haber avances graduales y constantes, además de comportar una prohibición de regresiones arbitrarias. Igualmente, sostiene la existencia de una obligación de «satisfacer niveles esenciales de los derechos», pues entiende que carecería en gran medida su razón de ser si el pacto no estableciera una obligación mínima. Este deber exige *inter alia* priorizar medidas para cubrir alimentos esenciales, brindar atención primaria de salud y ofrecer formas básicas de enseñanza. Por último, el comité se refiere al deber de «asistencia y cooperación internacionales», al reconocer el papel esencial que juegan para facilitar la plena efectividad de los derechos sociales (Comité DESC, 1990).

De este modo, es variado el conjunto de obligaciones que caracterizan a los derechos económicos, sociales y culturales. En consecuencia, como reconocen Abramovich y Courtis, no es cierto que sean escasas las posibilidades de justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez el cumplimiento de, al menos, algunas obligaciones que constituyen el derecho. Ello en tanto cada tipo de obligaciones ofrece distintas acciones posibles, que van desde el reclamo por el incumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de las positivas incumplidas (Abramovich & Courtis, 1997, p. 10).

Lo anterior plantea la siguiente pregunta: ¿qué obligaciones brindan la posibilidad de su exigencia a través de la actuación estatal? Esto supone determinar cuáles son las obligaciones mínimas que pueden exigirse judicialmente con relación a los derechos sociales. El campo más fructífero en cuanto a posibilidades de justiciabilidad lo ofrecen las obligaciones negativas. Se reconoce que se presentan más facilidades para cuestionar, ante la instancia judicial, el incumplimiento, por ejemplo, de la no discriminación en la atención de los servicios de salud o el impedimento de acceder a la escuela pública. Los casos de incumplimiento de obligaciones positivas plantean, en cambio, mayores dificultades y cuestionamientos para la exigibilidad, que están siendo determinadas en cada derecho a través de pronunciamientos internacionales y fallos internos (Abramovich & Courtis, 1997). Este es el caso precisamente del derecho a la salud y la afirmación de la provisión de tratamiento médico como parte una obligación positiva exigible de forma judicial, a lo que nos referiremos en el siguiente punto.

Podemos concluir entonces que todos los derechos económicos, sociales y culturales tienen un contenido específico exigible, por lo que no sería preciso afirmar que carecen de exigibilidad general. No es una cuestión de la concepción de exigibilidad o de la naturaleza (general) de aquellos derechos, sino de determinar cuál es el contenido jurídicamente exigible. No existe, por tanto, un derecho económico, social y cultural que no tenga, al menos, un componente o faceta que pueda ser justiciable en caso de afectación.

### 3.2. El derecho humano de personas con VIH/sida a recibir un tratamiento médico integral

Para las personas con VIH/sida, los antirretrovirales representan la garantía más efectiva contra una muerte prematura o la adquisición de nuevas enfermedades. El tratamiento sostenido mejora de manera sustantiva la calidad de vida, reduce significativamente los síntomas y permite a las personas infectadas trabajar, tener una familia y llevar una vida plena. Actúa también como una forma de prevención; por ejemplo, a través del impedimento de transmisión de una madre VIH+ a su hijo (Novogrodsky, 2009, p. 15). La provisión de antirretrovirales satisface pues un componente crítico del derecho a la salud de las personas con VIH y ha ocupado, por ello, un lugar central en las estrategias de quienes trabajan haciendo frente a esta enfermedad y sus síntomas.

Si bien varios países incluyen la provisión de antirretrovirales en los componentes de la cobertura básica de salud, en algunos otros esta inclusión ha requerido la actuación de las instancias judiciales a través del litigio de casos (Novogrodsky, 2009, p. 24). En muchos de estos se ha utilizado el marco del derecho internacional de los derechos humanos para enriquecer la fundamentación, pero el principal recurso ha sido la referencia a los servicios de salud nacionales y la normativa sobre la materia.

Latinoamérica es una de las regiones donde se han presentado más casos en los que se ha afirmado que el Estado tiene la obligación de proveer tratamiento a personas con VIH sin importar el costo. A esa conclusión llegó, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que ordenó al Ejecutivo proveer a los solicitantes de medicinas antirretrovirales<sup>9</sup>. En Venezuela, la Suprema Corte encontró que el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social había afectado el derecho a la salud de los peticionarios (personas con VIH) al no brindarles

---

<sup>9</sup> En las sentencias de los casos Luis Guillermo Murillo Rodríguez vs. Caja Costarricense de Seguro Social (decisión 6096-97) y William García Álvarez vs. Caja Costarricense de Seguro Social (decisión 5934-97), ambas del año 1997.

los antirretrovirales prescritos<sup>10</sup>. Otros casos similares se dieron en Argentina, Chile, Ecuador, México y Perú (con el caso Meza García)<sup>11</sup>.

Brasil y Colombia son escenarios interesantes, pues en ambos, tras varios pronunciamientos de las altas cortes a mediados de los años noventa, al ordenar la provisión de antirretrovirales, se han adoptado normas y políticas públicas para asegurar el acceso a estos medicamentos. En Colombia, por ejemplo, luego de los fallos de la Corte Constitucional y gracias al activismo de la sociedad civil a través del decreto 1543 de 1997, se sumaron los antirretrovirales a la lista oficial de medicinas. En Brasil, luego de los miles de recursos de amparo presentados por personas con VIH, se adoptó la ley 9313 en virtud a la cual se brindan hasta hoy en día drogas antirretrovirales gratuitas por parte del sistema de salud pública. Vistos de manera conjunta, estos casos reflejan la convergencia positiva en torno a la exigibilidad del acceso a antirretrovirales como parte del derecho a la salud y demuestran, en términos más generales, un ejemplo alentador de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Las demandas para acceder a antirretrovirales se han nutrido significativamente del marco internacional de los derechos humanos. Aunque el derecho a la vida y a la integridad personal son fundamentales, los esfuerzos por el acceso a un tratamiento médico contra el VIH/sida se han basado principalmente en el derecho a la salud. Este ha sido entendido por el Comité DESC como el derecho «al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente» (2000, párr. 1).

---

<sup>10</sup> En la sentencia del caso Cruz Bermúdez y otros vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (15.789, decisión 916), del año 1999.

<sup>11</sup> Argentina, Corte Federal Civil y Comercial 7, AV & CM vs. Ministerio de Salud de la Nación, 26 de abril de 2002; Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, petición de protección 2614-99, 14 de junio de 1999; Ecuador, Edgar Carpio Castro Joffe Mendoza y otros vs. Ministerio de Salud Pública y Director del Programa Nacional Contra el VIH/sida, amparo 28 (2004); México, Suprema Corte de Justicia, José Luis Castro Ramírez vs. Instituto Mexicano del Seguro Social, amparo 2231/97, abril de 2000 (Novogrodsky, 2009, p. 28).

En su observación general 14 del año 2000, el Comité DESC desarrolló el contenido de este derecho y el alcance de las obligaciones consecuentes; es decir, respetar, proteger y satisfacer. La obligación de respeto supone que los Estados no interfieran en el tratamiento existente, no establezcan condiciones que conlleven a la escasez de las medicinas y se abstengan de discriminar a personas que requieran tratamiento dentro de sus fronteras. La obligación de proteger puede implicar, en este contexto, que los Estados regulen el mercado de las medicinas esenciales y ejerzan control sobre la información para evitar, por ejemplo, la falsificación de medicinas. La obligación de satisfacer este derecho implicaría brindar tratamientos antirretrovirales y es en el cumplimiento de este deber que se centra el caso bajo comentario.

En cuanto al contenido del derecho a la salud, el Comité DESC ha indicado que tiene, como elementos esenciales e interrelacionados, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Interesa en particular el componente de disponibilidad, pues implica que «[c]ada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas» y agrega que «esos servicios incluirán [...] los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS» (Comité DESC, 2000, párr. 12.a). Los medicamentos esenciales son definidos como «los mínimos necesarios para un sistema básico de atención de salud, e incluye los medicamentos más eficaces, seguros y costo eficaces para trastornos prioritarios» (OMS, 2007). Desde 2002, los antirretrovirales hacen parte de las medicinas consideradas básicas en esta lista, con lo cual el Comité DESC afirmó, en este pronunciamiento, que el derecho a la salud comporta la obligación de hacer disponibles estas medicinas para personas con VIH. De manera coherente con ello, el comité ha criticado a los Estados al revisar sus informes periódicos por no asegurar la provisión de antirretrovirales (2001, 2005).

En cuanto al sistema interamericano, el mecanismo que ha sido utilizado con mayor frecuencia por personas con VIH/sida para acceder

a antirretrovirales es el de medidas cautelares otorgadas por la CIDH. Aunque no existe una sistematización al respecto, puede decirse que son numerosas las personas con VIH que se han visto beneficiadas a través de medidas cautelares otorgadas por la CIDH para el acceso a tratamientos médicos que permitan continuar con vida<sup>12</sup>. En el mecanismo de peticiones y casos, el más relevante —por ser el más reciente y desarrollado— es el de *González Lluy y otros vs. Ecuador*, en el que la Corte IDH se pronunció de manera amplia sobre el VIH<sup>13</sup>. La corte afirmó expresamente que «[e]l acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud» (2015, párr. 194). Además del acceso a fármacos antirretrovíricos, las personas con VIH «requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo» (2015, párr. 197). De este modo, la Corte IDH sigue la tendencia más progresista al afirmar no solo el acceso a antirretrovirales como parte del derecho a la salud, sino también a un tratamiento integral que incluya cada uno de estos componentes.

El caso Meza García, afortunadamente, se alinea en su resultado a la tendencia jurisprudencial interna e internacional de proveer el acceso a un tratamiento médico a personas con VIH/sida. Sin embargo, aunque el TC peruano llega al mismo resultado, su fundamentación no es del todo clara y parece no ir de la mano con varios otros pronunciamientos que se han basado con mayor precisión en el derecho a la salud.

---

<sup>12</sup> Con relación al Perú, por ejemplo, en setiembre de 2002, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de «quince personas portadoras del virus VIH/sida con niveles de CD4 inferiores a los 300 por mm<sup>3</sup> en la sangre, cuyo sistema inmunológico se encuentra comprometido al punto de poner en peligro sus vidas» (CIDH, 2002). Medidas similares han sido ordenadas por la CIDH con relación a República Dominicana, Bolivia, Colombia, Ecuador y Guatemala.

<sup>13</sup> Otros casos resueltos por la CIDH son: el informe de fondo 27/09, caso 12.249, *Jorge Odir Miranda Cortez y otros* (El Salvador, 20 de marzo de 2009); el informe 63/08, caso 12.534, admisibilidad y fondo, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos, 25 de julio de 2008); y el informe de fondo 2/16, caso 12.484, *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas con VIH/sida* (Guatemala, 13 de abril de 2016).

Como se señaló, el tribunal menciona —sin mayor desarrollo— que el fundamento de acoger el pedido de la señora Meza García se basa en: a) la potencial afectación del derecho a la vida; b) la legislación interna y la priorización que esta hace de personas en situación de pobreza extrema como la señora Meza García; c) la existencia de una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales; y d) el que la recurrente cuente con una medida cautelar otorgada por la CIDH.

La motivación de una decisión es fundamental, aún más considerando que la disconformidad con relación a este extremo de la sentencia de segunda instancia fue la razón para presentar un recurso extraordinario ante el TC. La principal objeción de basarse en cualquiera de estos argumentos es que no permiten avanzar de manera significativa en la afirmación de un derecho humano, derivado del derecho a la salud, de acceder a un tratamiento médico integral de las personas con VIH/sida, con las implicancias que ello supone.

#### 4. CONCLUSIONES

Mientras que los derechos humanos aportaron a la primera generación de la lucha contra el VIH/sida las bases para luchar contra la discriminación, en la segunda etapa pusieron las bases para lograr el acceso al tratamiento médico que puede hacer la distinción entre la vida y la muerte para millones de personas. Gracias al aporte de los derechos humanos, hoy en día es claro que la obligación de satisfacer el derecho a la salud implica brindar tratamientos médicos integrales a personas con VIH.

En Perú, la demanda por acceso fue exitosa gracias a una estrategia de parte de sociedad civil y los mismos activistas que involucró tanto incidencia parlamentaria como acciones legales. En ese sentido, la sentencia Meza García fue parte del giro institucional hacia el reconocimiento de este derecho en nuestro país, el cual redujo la tasa de mortalidad de los infectados con VIH y mejoró su calidad de vida a través de la garantía del acceso a los retrovirales con la ley 28243 del

año 2004 (Pun, 2015). Sin embargo, en la actualidad, las dificultades se encuentran en la falta de suministro de medicamentos en los centros médicos, problema que se agrava fuera de la capital.

Pero la lucha por permitir que personas infectadas accedan a anti-retrovirales tiene un potencial más allá de este escenario concreto, pues evidencia que es viable la exigibilidad de derechos sociales en los tribunales, es posible su justiciabilidad. Brinda, además, una lección alentadora sobre la implementación de los derechos sociales a través del litigio para pasar a transformarse en políticas públicas o dar lugar a procesos legislativos que pueden favorecer significativamente la efectividad práctica de estos derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor & Christian Courtis (1997). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En Martín Abregú y Christian Courtis, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 283-350). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ACNUDH & ONUSIDA - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida (2006). *Directrices internacionales sobre el VIH/sida y los derechos humanos. Versión consolidada 2006*. Ginebra: ONU. Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HIVAIDSGuidelinesp.pdf>.
- Águila Grados, Guido (2011). Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional. Una perspectiva desde Perú. *Revista Holística Jurídica*, 9, 15-22.
- CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2002). *Medidas cautelares 2002*. Recuperado de <http://www.cidh.org/medidas/2002.sp.htm> (consultado el 15 de setiembre de 2015).
- Comité DESC - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). *Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*. Ginebra: ONU.

- Comité DESC - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). *Observación general N.º 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Ginebra: ONU.
- Comité DESC - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2001). *Observaciones finales sobre Honduras (artículos 16 y 17 del Pacto)*. Ginebra: ONU.
- Comité DESC - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2005). *Observaciones finales sobre Zambia (artículos 16 y 17 del Pacto)*. Ginebra: ONU.
- Comité DESC - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). *Observación general N.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Ginebra: ONU.
- Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Sentencia del 1 de setiembre. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf).
- Gutiérrez Guerrero, Jhon (2003). *Informe sobre la situación del VIH/sida y derechos humanos en Perú para el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones emanadas de la declaración de compromisos en la lucha contra el VIH/sida*. 26 de mayo. Recuperado de <http://hrlibrary.umn.edu/research/Peru-Informe%20sobre%20la%20situacion%20VIHSida%20DDHH%20Gutierrez.pdf> (consultado el 10 de agosto de 2017).
- MINSA - Ministerio de Salud del Perú (2006). *Un paso adelante en la lucha contra el sida. Los primeros dos años de acceso universal al tratamiento antirretroviral en el Perú*. Lima: MINSA.
- Novogrodsky, Noah (2009). The Duty of Treatment: Human Rights and the HIV/AIDS Pandemic. *Yale Human Rights and Development Journal*, 12(1), 1-61.
- OMS - Organización Mundial de la Salud (2002). *Lista modelo de medicamentos esenciales de la OMS. 12ª lista*. Recuperado de <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/67335/1/a76618.pdf> (consultado el 30 de setiembre de 2017).

- OMS - Organización Mundial de la Salud (2007). *Lista modelo de medicamentos esenciales de la OMS. 15.ª lista*. Recuperado de [http://www.who.int/medicines/publications/08\\_SPANISH\\_FINAL\\_EML15.pdf](http://www.who.int/medicines/publications/08_SPANISH_FINAL_EML15.pdf) (consultado el 30 de setiembre de 2017).
- ONU - Organización de las Naciones Unidas (2015). *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015*. Nueva York: ONU. Recuperado de <https://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/mdg/the-millennium-development-goals-report-2015.html>.
- ONUSIDA - Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida (2017). *UNAIDS Data 2017*. Recuperado de [http://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/20170720\\_Data\\_book\\_2017\\_en.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/20170720_Data_book_2017_en.pdf) (consultado el 10 de setiembre de 2017).
- ONUSIDA - Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida (2018). *Fact sheet - World AIDS Day 2018*. Recuperado de [http://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/UNAIDS\\_FactSheet\\_en.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/UNAIDS_FactSheet_en.pdf) (consultado el 10 de diciembre de 2018).
- Pun, Mónica (2015). *Situación de la Epidemia de VIH en el Perú* [diapositiva]. Recuperado de <https://www.minsa.gob.pe/Especial/2015/vih/matcom/Situacion-Epidemiologica-VIH-2015.pdf> (consultado el 20 de setiembre de 2017).
- TC - Tribunal Constitucional del Perú (2004). Expediente 2945-2003-AA/TC, Azanca Alhelí Meza García, sentencia del 20 de abril. Recuperado de [https://www.escri-net.org/sites/default/files/Decision\\_Azanca\\_A\\_Meza\\_Garcia.html](https://www.escri-net.org/sites/default/files/Decision_Azanca_A_Meza_Garcia.html).
- Zafra-Tanaka, Jessica Hanae & Eduardo Ticona-Chávez (2016). Estigma relacionado a VIH/SIDA asociado con adherencia al tratamiento anti-retroviral en pacientes de un hospital de Lima, Perú 2014. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 33, 625-632.

Fondo Editorial PUCP

## REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este libro, se han abordado distintos temas de derechos humanos y grupos en situación de vulnerabilidad, según doce sentencias que pueden considerarse emblemáticas. Si bien la variedad temática de las sentencias seleccionadas no permite afirmar observaciones de todo el sistema de justicia peruano, sí es posible establecer algunas reflexiones de carácter general respecto a: el impacto de un fallo judicial, la dinámica de las líneas jurisprudenciales sobre un tema determinado, la indisoluble relación del sentido de un fallo judicial con el contexto sociopolítico respectivo y la importancia de aplicar cada vez más estándares y normas internacionales en materia de derechos humanos para distintos sectores de la sociedad.

Como se ha podido evidenciar en el análisis de cada decisión judicial, la relevancia de una sentencia no radica necesariamente en su resolución o en el carácter vinculante que establezca, ni tampoco en la instancia judicial y etapa del proceso en la que fue emitida; sino, muchas veces, en el razonamiento utilizado por los jueces para resolver el caso y en los contenidos que estos desarrollan a lo largo del fallo.

A ello se suma que el impacto de una sentencia no se mide solo al momento de la ejecución de la misma, sino por la motivación e influencia que esta tiene para posteriores decisiones judiciales o para

la implementación de medidas políticas y legislativas. Asimismo, debe tomarse en cuenta el mensaje que esta brinda a la sociedad, sobre todo en la reivindicación y lucha por los derechos humanos.

Debe notarse también que el cambio de las líneas jurisprudenciales, sean estos regresivos o progresivos, es un riesgo del estado de derecho, dado que depende la mayoría de veces de quiénes se encuentran a cargo de adoptar decisiones judiciales en determinado momento y lugar. Además, si bien los tribunales suelen ir formando criterios para brindar mayor protección en materia de derechos humanos, ello no significa que en el futuro se continúe. Así, una sentencia progresiva puede quedarse simplemente en un evento emblemático; es decir, ser un fallo excepcional que lamentablemente no llega a convertirse en un modelo para futuros casos. De este modo, los cambios de las líneas jurisprudenciales evidencian la necesidad de que se instaure una mayor sostenibilidad y previsibilidad jurídica en temas de derechos humanos, más aún si se trata de avances en la materia.

Por otro lado, llama la atención que hay decisiones judiciales con un trasfondo político o resultado de una serie de factores sociopolíticos e institucionales que son propios del contexto en el que estas se emitieron. De esa manera, hay sentencias que no se encuentran desvinculadas de los procesos institucionales por los que atraviesa un país, sino que muchas veces son parte de ellos. Por eso que resulta provechoso tener en claro tanto los antecedentes como los efectos de una sentencia para un mejor análisis de la misma. Ello permite entender el camino que han recorrido los derechos involucrados, así como los cambios jurisprudenciales al respecto.

Se observan también vínculos y relaciones de la instancia jurisdiccional con otros ámbitos. El papel de las organizaciones de la sociedad civil es muy relevante debido a que, gracias a ello, muchos casos llegan a judicializarse mediante su incidencia y esfuerzo. Del mismo modo, a nivel judicial, se pueden revisar y cuestionar incluso políticas públicas

del gobierno de turno, sobre todo si estas no son compatibles con los estándares internacionales sobre derechos humanos.

En línea con lo anterior, resulta positivo que instancias judiciales como el TC recojan estos estándares internacionales sobre derechos humanos, así como conceptos básicos e imprescindibles para su garantía —tales como enfoque de género, equidad, igualdad, entre otros— y los aplique a casos concretos. Esto evidencia mayor énfasis en la materia no solo en la esfera estrictamente judicial, sino también en la esfera pública.

Por último, es preciso reiterar la relevancia de analizar y comentar sentencias que desarrollan contenidos y apreciaciones en derechos humanos, ya que permite identificar los avances y retrocesos que se han tenido al respecto, lo cual también visibiliza los temas pendientes en este ámbito. Además, es evidente que este tipo de sentencias plantea lecciones y conocimientos en términos jurídicos; pero también lo hace en términos políticos y sociales, dado que desarrolla temas que trascienden al derecho.

Fondo Editorial PUCP

## **SOBRE LOS AUTORES**

### **Erick Acuña**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster en derecho internacional de los derechos humanos en la Universidad de Notre Dame. Es especialista en derechos humanos en la Sección de Casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido adjunto de docencia en la Facultad de Derecho de la PUCP y en la Universidad de Notre Dame. Además, fue investigador en el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, y la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como consultor de la Fundación para el Debido Proceso Legal.

### **Cristina Blanco**

Abogada y magíster en derechos humanos por la PUCP. Se ha desempeñado como investigadora principal del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP y docente de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Ha sido especialista en derechos humanos para la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Región de Mesoamérica y el Caribe de habla hispana en la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Fue consultora externa de la CIDH, la Organización de Estados Americanos y la Fundación para el Debido Proceso Legal.

### **Marcela Huaita**

Abogada, investigadora, docente y consultora internacional. Ocupó el cargo de Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Perú entre los años 2015 y 2016. Trabajó para instituciones como Proética, Adjuntía de la Mujer de la Defensoría del Pueblo, entre otras. Ha conducido estudios sobre violencia doméstica, derechos políticos de la mujer, derecho a la salud, derechos reproductivos, así como sobre barreras legales para la mujer en la región de Latinoamérica, los cuales se difundieron a través de publicaciones del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

### **Víctor Quinteros**

Abogado por la PUCP y magíster en Ciencia Política por la misma casa de estudios. Tiene experiencia laboral en asuntos penitenciarios, búsqueda de personas desaparecidas, lucha anticorrupción, política criminal, seguridad ciudadana y control de armas de fuego; así como en la gestión de proyectos e investigaciones sobre justicia transicional, con énfasis en la problemática del conflicto armado interno peruano y la implementación de políticas de verdad, justicia y reparación.

### **Valeria Reyes**

Abogada por la PUCP y candidata a magíster en justicia transicional, estado de derecho y derechos humanos por la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra. Ha sido jefa de prácticas y adjunta de docencia en la Facultad de Derecho de la PUCP. Además, se desempeñó como asistente del Área Académica y de Investigaciones del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP y asistente jurídica en la Coalición por la Corte Penal Internacional.

**Elizabeth Salmón**

Doctora en derecho internacional por la Universidad de Sevilla y profesora principal de derecho internacional en la PUCP. Además, se desempeña como directora ejecutiva del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, presidenta del comité asesor del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y jurista experta para actuar como *amicus curiae* en la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. Ha sido directora de la maestría en derechos humanos de la PUCP, así como consultora de los ministerios de Justicia y Defensa del Perú, la Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana, las Naciones Unidas y el Comité Internacional de la Cruz Roja.

**Piero Vásquez**

Abogado y magíster en derechos humanos por la PUCP. Es especialista en derechos humanos en el Sistema de Casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido docente en la Facultad de Derecho de la PUCP e investigador en el Centro Legal de Investigación, Capacitación y Asesoramiento, así como en el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la misma universidad. Se desempeñó como asesor del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, y de la Misión de la Unión Europea.

**E**l presente libro describe y analiza doce sentencias que implican un gran avance en la protección de los derechos humanos en el Perú. Para ello, la investigación se desarrolló de manera interdisciplinaria, con especialistas de derecho y ciencias sociales que, junto a un equipo de investigadores, llevaron a cabo reuniones de debate e intercambio de ideas que enriquecieron el estudio de cada uno de los casos.

Los fallos cubren una amplia variedad de temas fundamentales para afirmar los derechos humanos en el Perú, como la legislación antiterrorista, los crímenes de lesa humanidad y las desapariciones forzadas durante el conflicto armado; los derechos a la verdad y a la consulta previa; los derechos de las mujeres, las personas con discapacidad y la población LGTBI; y los derechos económicos, sociales y culturales.

ISBN 978-612-317-536-8



9 786123 175368



**FONDO  
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ



**idehpucp**

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ